

Zeitschrift
für
Rechtswissenschaft

herausgegeben
von der juristischen Facultät
der

Universität Dorpat.

Achter Jahrgang.

Dorpat.
Verlag von C. Mattiesen.
(A. S. Köhler in Leipzig.)
1885.

Im Namen der Juristen-Facultät der Universität Dorpat herausgegeben.

Dorpat, den 27. April 1885.

Nr. 70.

Decan: Dr. G. Erdmann.

Inhalt.

	Seite.
I. Ueber das Verhältniß des russischen Criminalprocesses zum provinziellen Liv-, Est- und Curlands. Von Prof. D. Schmidt	1
II. Ueber den Einfluß der testamentarischen, sowie der vertragsmäßigen Berufung der beerbten Wittwe zur Erbfolge in den Nachlaß ihres Mannes auf die Rückforderung ihrer Mäthen resp. auf das dotatitium und auf das Wittwenjahr, nach curländischem Rechte. Von Oberhofgerichtsadv. Ferdinand Seraphim in Mitau.	7
III. Begriff und Wesen des „Stammguts“ im curländischen Landrecht. Von cand. juris Max von der Brincken	25
IV. Die Zwangsvollstreckung auswärtiger richterlicher Urtheile in Rußland. Von Prof. Engelmann	81
V. Ueber den Einfluß der Erbtheilung auf die Erbgutseigenschaft. Von Oberhofgerichtsadvocat Ferdinand Seraphim	131
VI. Legitimation durch nachfolgende Ehe. Von Justizbürgermeister B. Kuppfer	156
VII. Die Lehre von der Ungiltigkeit der Testamente, nach dem Privatrecht der Ostseeprovinzen. Von Prof. Erdmann	189
VIII. Ein Beitrag zur Lehre von der Ertheilung des Zuschlages bei Subhaftationen außerhalb des Concurse. Von Oberhofgerichtsadvocat Julius Schiemann	209
IX. Ist eine sog. ansehbare Ehe zur legitimatio per subsequens matrimonium geeignet? Von Oberhofgerichtsadvocat Ferdinand Seraphim	239
X. Die Erbschaftsklage des Provincialrechts. Von Professor Erdmann	251
XI. Ueber die Anwendbarkeit des im XV. Bande des Swod der Reichsgesetze enthaltenen russischen Criminal-Prozesses in Livland	276

Ueber das Verhältniß des russischen Criminalproceßes zum provinziellen Liv-, Est- und Curlands.

Der gegenwärtig in Liv-, Est- und Curland geltende Criminalproceß hat sich in allen wesentlichen Beziehungen bereits in der Zeit vor der Unterwerfung dieser Provinzen unter die russische Herrschaft entwickelt und zwar bildete der sogenannte gemeine deutsche Criminalproceß die Grundlage desselben, nachdem das altdeutsche Verfahren schon in der Ordensperiode außer Gebrauch gekommen war.

Der gemeine Proceß wurde jedoch im Laufe der Zeit durch Gesetze und Verordnungen der damals in den Ostseeprovinzen bestehenden gesetzgebenden Gewalten in mehrfacher Beziehung modificirt. Dahin gehören insbesondere für Liv- und Estland die sehr zahlreichen Gesetze und Verordnungen der schwedischen Regierung und für Curland die sog. commissorialischen Decisionen.

Nachdem sich in dieser Weise ein besonderer, vom gemeinen Proceße abweichender provinzialrechtlicher Rechtsstoff ausgebildet hatte, fand eine Verbindung der besonderen provinzialrechtlichen Normen mit den gemeinrechtlichen naturgemäß in der Praxis in der Weise statt, daß die ersteren als hauptrechtliche Normen in erster Linie und erst, so weit diese nicht ausreichten, die gemeinrechtlichen, als hilfsrechtliche Normen zur Anwendung gebracht wurden, so daß der provinzielle Criminalproceß fortan aus diesen beiden Theilen bestand.

Bei der Unterwerfung der Ostseeprovinzen unter die russische Herrschaft wurde ihnen der Fortbestand des bisherigen Rechtszustandes zugesichert. In der Capitulation der livländischen Ritterschaft insbesondere heißt es in Beziehung auf den Proceß: „in allen Gerichten wird nach livländischen Privilegien, wohl eingeführten alten Gewohnheiten, auch nach dem bekannten alten livländischen Ritterrechte und, wo diese deficiren möchten, nach gemeinen Deutschen Rechten der l a n d e s ü b l i c h e n P r o c e ß f o r m g e m ä ß so lange decidiret und gesprochen, bis unter Genießung weiterer Huld und Gnade ein v o l l s t ä n d i g e s j u s p r o v i n c i a l e in Livland colligiret und ediret werden können.“ Der den Ostseeprovinzen bei ihrer Vereinigung mit Rußland zugesicherte Fortbestand ihres Provinzialrechts schloß jedoch nicht aus, daß das russische Recht nunmehr einen gewissen Einfluß auf das Provinzialrecht gewann. Derselbe läßt sich in Beziehung auf den provinziellen Criminalproceß nach folgenden Gesichtspunkten feststellen:

1. Reichsgesetze, welche durch die Gesetzgebung ausdrücklich auf die Provinzen ausgedehnt oder sich auf Institute und Einrichtungen beziehen, die in den Provinzen ausdrücklich eingeführt sind, haben die Bedeutung hauptrechtlicher Normen und gehen allen anderen Gesetzen vor.

2. Reichsgesetze, welche nicht ausdrücklich auf die Provinzen ausgedehnt worden, können die Provinzialgesetze nicht abändern. Dieser im Ewod der Reichsgesetze (Reichsgrundgesetze Art. 79) ausdrücklich anerkannte Grundsatz verhindert jedoch nicht, daß dort, wo es sich nicht um Abänderung, sondern nur um nähere Feststellung bereits im Provinzialrecht geltender Rechtsätze handelt, das Reichsrecht subsidiär in Anwendung gebracht werden kann. Da nun der provinzielle Criminalproceß, abgesehen von dem in demselben ausgebildeten Anklageverfahren, ebenso wie der ältere, im Ewod der Reichsgesetze enthaltene Criminalproceß auf den Regeln des Inquisitionsprocesses beruht,

so konnte es nicht fehlen, daß sich in dem Criminalproceß des Reiches vielfach Rechtsjäge finden, die mit denen des provinziellen Criminalprocesses übereinstimmen, oder diese ergänzen oder aber controverse Sätze des gemeinen Processes in bestimmter Weise entscheiden. In allen solchen Fällen hat die Praxis in Livland, die sich jedoch in dieser Beziehung nicht unwesentlich von der Praxis in Est- und Curland unterscheidet, kein Bedenken getragen auf Bestimmungen des Reichsrechtes, auch wenn sie nicht ausdrücklich auf die Ostseeprovinzen ausgedehnt worden, Bezug zu nehmen. In Folge dessen hat der im Ewod der Reichsgesetze enthaltene ältere Criminalproceß in den angegebenen Beziehungen durch den Gerichtsgebrauch in Livland die Bedeutung eines von der livländischen Proceßtheorie sogenannten secundären Hilfsrechts erhalten (vgl. A. von Richter, der livländische Strafproceß, Riga 1845 § 16) das nach den in den Provinzen geltenden Rechtsnormen zur Anwendung kommt.

Der Einfluß, den der Criminalproceß des Reiches auf den provinziellen Criminalproceß durch die Praxis erlangt hat, war somit weit davon entfernt den letzteren zu beseitigen, vielmehr folgt aus der Anwendung des russischen Criminalprocesses als Hilfsrecht unzweifelhaft der Fortbestand des provinziellen Criminalprocesses. Jeder in dieser Beziehung noch mögliche Zweifel wird aber durch den Allerhöchsten Befehl vom 1. Juli 1845 bei Promulgation der beiden ersten Bände des Provinzialrechtes vollständig beseitigt. Dasselbst heißt es nämlich unter Bezugnahme darauf, daß die besonderen Rechtsbestimmungen der Gouvernements Liv-, Est- und Curland zu zahlreich seien, um sie in das allgemeine Reichsgesetzbuch einzuschalten, — daß nach dem Allerhöchst bestätigten Plane für die Codification des Provinzialrechts der fünfte Haupttheil die Regeln des Criminalprocesses enthalten solle. Zugleich wird hinsichtlich der noch nicht codificirten Theile des Provinzialrechtes, zu denen nach dem

Allerhöchst bestätigten Plane auch der provinzielle Criminalproceß gehört, ausdrücklich bestimmt, daß „bis zur Veröffentlichung der folgenden Theile dieses Provinzialrechtes die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden, sowie Privatpersonen — fortfahrend sich nach den geltenden Rechtsbestimmungen zu richten — in der Geschäftsverhandlung wie bisher auf die einzelnen Verordnungen, Befehle und anderen Rechtsbestimmungen sich zu berufen haben.“ Nach dem stricten Wortlaute dieses Allerhöchsten Befehles sind somit nicht bloß die der Zeit vor der Unterwerfung der Provinzen unter die russische Herrschaft angehörigen Befehle und Verordnungen, sondern auch die während der russischen Herrschaft erlassenen Befehle, Verordnungen und andere Rechtsbestimmungen unmittelbar zu allegiren. In Uebereinstimmung hiermit hat dann auch der dirigirende Senat in dem Ukas vom 21. November 1846 Nr. 498, publicirt durch das Patent der livländischen Gouvernements-Regierung vom 10. December 1846 Nr. sp. 92, den Gerichtsbehörden der Ostseeprovinzen vorgeschrieben: „daß sie bis zur Veröffentlichung der folgenden Theile des Swod der Provinzialgesetze sich nach den geltenden Rechtsbestimmungen zu richten, bei der Verhandlung von Criminalsachen wie bisher sich auf die einzelnen Verordnungen, Befehle und anderen Rechtsbestimmungen zu berufen und, wo solches erforderlich ist, die Artikel des 2. Buches des Swod der Criminalgesetze Bd. XV in derjenigen Gestalt, wie dieselben in der VI. Fortsetzung dieses Bandes aufgenommen sind, anzuziehen haben.“

Der dirigirende Senat hat somit die directe Allegation der Artikel des älteren Criminalprocesses des Reichs auf die Fälle beschränkt, wo solches erforderlich ist, d. h. also auf diejenigen Fälle, für welche in den provinziellen Quellen „einzelne Befehle, Verordnungen und andere Rechtsbestimmungen“ nicht vorhanden sind und das russische Recht als Hilfsrecht ergänzend eintritt. Als solche Fälle werden in dem Senats-

ufake angeführt: das Appellationsverfahren, das Verfahren bei Eröffnung der Entscheidungen der Gerichtsbehörden zc.

Der in Rede stehende Senatsufake ist übrigens noch insofern besonders hervorzuheben, als er die Annahme widerlegt, daß der provinzielle Criminalproceß in Folge der Promulgation des Strafgesetzbuches in den Ostseeprovinzen durch den älteren Criminalproceß des Reiches beseitigt worden sei. Denn der Senatsufake constatirt den Fortbestand des provinziellen Criminalprocesses, dessen Codification er in Aussicht stellt, obgleich das am 15. August 1845 Allerhöchst bestätigte Gesetzbuch der Criminal- und Correctionsstrafen bereits im Jahre 1845 in Livland promulgirt war (Vgl. Patent der livl. Gouv. Reg. vom 26. October 1845 Nr. 78). Es haben daher alle Autoritäten, denen das Recht der Einsichtnahme in die Proceßacten zusteht, wie die Procureure und Fiscale, sowie diejenigen, denen in gewissen Fällen die Bestätigung von Criminalurtheilen obliegt, wie die Gouverneure und der dirigirende Senat, niemals die Existenzberechtigung des provinziellen Criminalprocesses angezweifelt. Dieselbe wird auch von der neuesten Gesetzgebung für das Reich anerkannt, denn in der Ausgabe des Swod der Reichsgesetze vom Jahre 1876 Bd. XV Abth. II, in welche der ältere russische Criminalproceß neben dem reformirten Aufnahme gefunden hat, heißt es in der Anmerkung zum Art. 1, daß der ältere Criminalproceß des Reiches nur in den in den Artikeln 1191, 1218 und 1755 der allgemeinen Gouvernementsverordnung bezeichneten Vertlichkeiten Anwendung findet. Unter den daselbst erwähnten Vertlichkeiten sind aber die Ostseegouvernements nicht genannt.

Zum Schlusse möge noch der Bestrebungen wegen Reform des provinziellen Criminalprocesses Erwähnung geschehen.

Seitdem für das Reich eine Reform des Processes nach den Grundsätzen der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, sowie des Anklageverfahrens in Aussicht genommen war, verschloß man

sich in den Ostseeprovinzen nicht der Einsicht, daß es sich für dieselben nunmehr nicht bloß um eine Codification des geltenden Rechtes, sondern zugleich um eine Reform desselben handeln müsse. Die zu diesem Behufe in Dorpat und später in Riga niedergesetzte Central-Justiz-Commission arbeitete die Entwürfe für einen vierten und fünften Theil des Provinzialrechts aus. Die Commission wurde jedoch gegen Ende des Jahres 1866 vertagt und die Arbeiten haben zu keinem Ziele geführt. Der Grund dieses Mißerfolges lag vorzugsweise darin, daß seitdem die Frage wegen unveränderter Einführung des reformirten russischen Processus in den Ostseegouvernements auf die Tagesordnung gestellt ist und nur noch einzelne Abweichungen zu Gunsten der letzteren zugelassen werden sollten. Die Frage wegen der Reform ist bis heute nicht zum Abschlusse gelangt, jedenfalls aber hat sie mit dem status quo nichts zu schaffen. Derselbe hat durch die für die Zukunft geplante Reform keine Aenderung erlitten.

W. Schmidt.

I.

Ueber den Einfluß der testamentarischen, sowie der vertragsmäßigen Berufung der beerbten Wittwe zur Erbfolge in den Nachlaß ihres Mannes auf die Rückforderung ihrer Miten resp. auf das dotalitium und auf das Wittwenjahr, nach kurländischem Rechte

von

Oberhofgerichtsadvokat Ferdinand Seraphim in Mitau.

Unter den kurländischen Juristen wird in neuerer Zeit nicht selten die Anschauung vertreten, die Bestimmungen des kurl. Rechts über die Intestaterbfolge der beerbten Wittwe brächten es mit sich, daß die im Testament ihres Ehegatten oder durch Erbvertrag mit demselben zur Erbin eingesetzte beerbte Wittwe, in Ermangelung diesbezüglicher Bestimmungen im Testamente oder Erbvertrage, durch Antretung der ihr solchergestalt deferirten Erbschaft:

- 1) den Anspruch auf Rückforderung ihrer Miten, beziehungsweise auf das ihr bestellte dotalitium verliere,
- 2) die Vortheile des Wittwenjahres einbüße.

Bei der unverkennbaren practischen Tragweite dieser Auffassung, welche m. E. in unserem Rechte nicht begründet ist und bezüglich deren es mir nicht gelungen ist, Präjudikate zu ermit-

teln, dürfte es geboten sein, dieselbe in Nachstehendem auf ihre Berechtigung zu bepröfen.

Im Folgenden wird, der Vereinfachung wegen, nur von der testamentarischen Erbseseinsehung der beerhten Wittwe die Rede sein. Was von der testamentarischen Erbseseinsehung gesagt werden wird, gilt auch gleichmäöig von der vertragsmäöigen.

§ 1.

Bezüglich der Intestaterbfolge der mit Kindern hinterbleibenden Wittwe unterscheidet das kurl. Recht, ob die Wittwe Vermögen in die Ehe gebracht hat oder nicht.

Hat die Wittwe Vermögen in die Ehe gebracht, so hat sie, wenn es sich um den Nachlaß eines Indigenatsadeligen handelt, nach Voraussnahme ihres Sondergutes, die Wahl, ob sie ihr Eingebrahtes zurücfverlangen oder die doppelten Zinsen desselben als Leibgeding (dotalitium) beziehen oder einen Tochtertheil nehmen will. ¹⁾

Hat die Wittwe kein Vermögen in die Ehe gebracht, so erhält sie einen Tochtertheil des ehemännlichen Nachlasses. ²⁾

Die Wittwe eines nicht zum Indigenatsadel gehörigen Erblassers genießt in dieser Beziehung dieselben Rechte, wie die Wittwe eines Indigenatsadligen, nur daß sie auf ein Leibgeding keinen Anspruch hat und daß ihr bei der Theilung mit den Kindern, — Söhnen und Töchtern, — ein Kopftheil gebührt. ³⁾

Aus diesem Wahlrechte der ab intestato mit Kindern ihres Mannes concurrirenden Wittwe, die Vermögen in die Ehe gebracht, und aus der fernerem Bewandniß, daß die der Wittwe, — wie überhaupt dem überlebenden Ehegatten, — bei der Intestaterbfolge in den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten

1) Theil III. des Prov.-Rechts Art. 1777. Das dotalitium ist übrigens in Kurland gänzlich außer Gebrauch gekommen.

2) Art. 1778 l. c.

3) Art. 1782 l. c

gebührenden Vortheile, die s. g. portio statutaria, auch durch negotia mortis causa des anderen Ehegatten nicht wider ihren Willen geschmälert werden dürfen, glaubt man nun folgern zu müssen, daß die mit Kindern des verstorbenen Mannes hinterbleibende Wittwe, wenn sie von demselben testamentarisch zur Erbin eingesetzt worden, das Testament aber hinsichtlich der Mäthen und des Wittwenjahres keine Bestimmungen enthält, durch Antretung der ihr ex testamento deferirten Erbschaft lediglich auf den ihr testamentarisch zugewiesenen Erbtheil beschränkt sei, von ihrem Rechte, ihre Mäthen zurückzuverlangen oder das dotalitium zu beanspruchen und das nach Art. 1770 l. c. ihr zuständige Wittwenjahr zu genießen aber nicht weiter die Rede sein könne, weil eben im Testamente hierüber nichts enthalten sei und die Wittwe ja von ihrem, auch durch Verfügungen des Ehemannes auf den Todesfall ihr nicht zu verkümmernenden Wahlrechte keinen Gebrauch gemacht habe.

Die Wittwe müsse daher, wenn sie den testamentarisch ihr zugewiesenen Erbtheil annehme, ihre Mäthen ganz ebenso conferiren, wie bei der Intestaterbfolge, wenn sie sich bei dieser letzteren für einen Tochtertheil resp. Kopftheil der Erbschaft entscheide.

Diese Schlußfolgerung dürfte aber durchaus nicht gerechtfertigt erscheinen.

§ 2.

Was zunächst die Mäthen anlangt, so wird man die nur zu Irrungen führende Auffassung fallen lassen müssen, als habe bei der Intestaterbfolge die ihre Intestaterbportion wählende Wittwe, wie es häufig ausgedrückt wird, ihr Eingebrautes zum Nachlasse des Ehemannes zu conferiren.

Von einer Collation im wahren und technischen Sinne des Wortes kann hier überall nicht die Rede sein.

Gegenstand der Collation kann nach dem geltenden Rechte nur Dasjenige sein, was der Erbe von dem Erblasser bei dessen Lebzeiten als Zuwendung erhalten, also das f. g. Voraus empfangene, und diese Collationsverpflichtung ist sowohl hinsichtlich des Gegenstandes, wie hinsichtlich der Subjecte beschränkt; sie bezieht sich nur auf die von dem Erblasser seiner Descendentin gegebene oder aber versprochene Mitgabe und Aussteuer, ferner auf das vom Erblasser einem seiner Descendenten gegebene f. g. subsidium paternum, unter gewissen Voraussetzungen auch auf Schenkungen des ascendentischen Erblassers an seinen Descendenten und endlich auf gewisse andere Zuwendungen, die die Descendenten von ihrem Erblasser erhalten haben, falls der Erblasser die Collation dieser letzteren Zuwendungen ausdrücklich angeordnet hat⁴⁾ und sie liegt demnach nur den einen gemeinschaftlichen Ascendenten beerbenden Descendenten desselben einander gegenüber ob.⁵⁾

Die Wittve, welche ihrem Manne Vermögen eingebracht, hat aber begreiflich dadurch von ihrem Ehemanne nichts im Voraus empfangen, sie hat vielmehr dem Manne ein Vermögen zugebracht, dessen Verwaltung und Nutznießung nur durante matrimonio dem Manne zusteht. Die Frau kann diese, zu ihrem Vermögen gehörenden Illaten nicht nur im Falle des Todes ihres Ehemannes, sondern auch bei Auflösung der Ehe durch richterliches Urtheil, sowie im Falle eines Concurseß des Ehemanns und schlechter Verwaltung des Frauengutes durch ihn, zurückverlangen,⁶⁾ wobei der Ehemann für allen durch seine Schuld erwachsenen Schaden verantwortlich ist.^{6a)}

4) Art. 2753—2758. l. c.

5) Art. 2745. l. c.

6) Art. 59. l. c.

6a) Art. 59 und 60 l. c.

Sie ist also diesbezüglich gegenüber dem Manne resp. dessen Erben forderungsberechtigt, ⁷⁾ nicht collationsverpflichtet. Daher sprechen denn auch unsere Gesetze weder bei der Lehre von der Collation, noch auch sonst irgend wo, von einer Collationspflicht der ihren Ehegatten in Concurrenz mit Kindern desselben beerbenden Wittwe.

Die Bestimmung des Art. 1777 l. c., welche allerdings bei der Intestaterbfolge in den Nachlaß des Ehemannes der beerbten Wittwe nur die Wahl zwischen der Rückforderung ihres Eingebrachten resp. dem dotalitium einerseits und ihrer Intestaterbportion andererseits gewährt, läßt sich aber, falls die Wittwe ihre Intestaterbportion wählt, auch abgesehen von dem bereits früher Bemerkten, schon um deswillen nicht unter den Begriff der Collation bringen, weil die conferenda immer in natura oder ihrem Werthe nach bei der Erbtheilung in Betracht kommen, während die Illaten der Frau, in so weit sie nicht mehr im Nachlasse des Ehemannes vorhanden sind, selbst im Falle größter Verschuldung des Ehegatten, bei der Berechnung des Werthbetrages der Intestaterbportion der Wittwe nicht mit in Berechnung gezogen werden, weil mit der Wahl der Intestaterbportion der Anspruch auf Rückerstattung der Illaten auch gegen die Erben des Mannes wegfällt.

Sollte aber eine Einwerfung der Illaten, also in dem Sinne, gemeint sein, daß die Wittwe in ihrer Erbportion zugleich den dieser entsprechenden Werthbetrag ihrer gesamten Illatenforderung erhält, so müßte dies ausdrücklich gesagt sein. ⁸⁾

Dieser Auffassung würde indessen der § 106 der kurl. B.-B. widersprechen, der offenbar nichts vom Landrechte Ab-

7) v. Bunge's Kurl. Privatrecht § 270 S. 542. Anmerk. d.

8) Weseler System des Deutschen Privatrechts 3. Aufl. § 135 S. 568.

weichendes bestimmen will, und der Wittve in Concurrenz mit Kindern des verstorbenen Ehegatten doch auch nur die Wahl zwischen ihren Mätern und einem Kindestheile aus dem Nachlasse des Mannes gewährt. Zu diesem Nachlasse gehören aber die nicht mehr vorhandenen Mäterngegenstände der Ehefrau, auf deren Rückforderung diese behufs Erlangung des Kindestheiles verzichtet hat, doch unmöglich.⁹⁾

Durch eine solche Einrechnung des Werthes der Mäternforderung auch bezüglich der nicht mehr vorhandenen Mäterngegenstände würde die Härte der Bestimmung des § 193 l. c. allerdings gemildert, aber der Anspruch der Wittve auf einen also berechneten Kopf- resp. Tochtertheil würde sich dann zu einem Forderungsrechte gegen die Erben des Mannes gestalten, nicht mehr als ein Intestaterbrecht der Ehegattin qualificiren lassen.

§ 3.

Die Wittve, indem sie ab intestato ihre Erbportion wählt, verliert also einfach das Rückforderungsrecht bezüglich ihrer Mätern resp. den Anspruch auf das dotalitium auch gegenüber den anderen Erben ihres Ehemannes; nur das von diesen Mätern in der Erbmasse noch Vorhandene kann ihr dann bei der Erbtheilung, als zur Erbmasse gehörig, zu Gute kommen.^{9a)}

9) U. M. Scheinen Neumann Rurl. Erbrecht S. 64 und v. Bunge l. c. § 250 Note zu sein und eine wirkliche Einwerfung der Mätern, also mit voller Werthanrechnung derselben, anzunehmen. Er auch C. Erdmann in seinem Güterrechte der Ehegatten nach dem Prov.-Rechte Liv-, Est- und Rurlands, § 14. S. 213, der jedoch ebendasselbst S. 226 Note 346 von einem Verluste der Mätern spricht.

9a) Wenn die Wittve bezüglich der Mätern das Rückforderungsrecht verliert, fällt auch der bezüglichliche Schadenersatz-Anspruch selbstverständlich weg.

Dieser Verlust des Rechts, ihre Muten von den Miterben im Nachlasse des Mannes verhältnißmäßig zurückzuverlangen, resp. die Entrichtung des dotaltii zu beanspruchen, wenn sie ihre Intestaterbportion wählt, ist also eine ganz auffallende Rechtsingularität der Intestaterbfolge und involvirt zugleich eine ebenso auffallende Härte.

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen könnte der Verlust des Anspruchs der miterbenden Ehegattin auf Rückerstattung ihrer Muten resp. auf Entrichtung des dotaltii doch nur nach Verhältniß ihres Erbtheils eintreten und dies auch nur dann, wenn sie die Erbschaft ihres Mannes nicht sub beneficio inventarii angetreten hat.

Daß aber die Ehegattin, welche dem Manne Vermögen inferirt hat, dessen durante matrimonio ihm zukommender Nießbrauch ihm vermögensrechtliche Vortheile gewährt, ihr Rückforderungsrecht bezüglich ihrer Muten resp. den Anspruch auf das ihr constituirte dotaltium vollständig verlieren soll, wenn sie ab intestato mit Kindern concurrirend ihren Ehemann beerbt, ist in der That eine, durch keine innern Gründe gerechtfertigte ¹⁰⁾ Härte des Gesetzes, welche dem gemeinen Rechte ebenso fremd ist, wie dem Livländischen und Estländischen Rechte und auffallend gegen die Begünstigung der beerbten Wittwe contrastirt, die ihr Vermögen als Sondergut zu eigener Verwaltung und eigenen Revenüengenuß behalten, nicht als Muten dem Ehemann zu Verwaltung und Revenüengenuß überlassen hat.

10) Eine solche innere Rechtfertigung liefert auch nicht die von G. Erdmann l. c. aus der Identificirung von Mißgabe und Eingebrachem in Kurland versuchte Erklärung dieser ganz auffallenden Härte des kurl. Privatrechts. cf.: G. Erdmann l. c. § 14 S. 230 und ebendasselbst § 3. S. 62 und § 4 S. 73 flg.

§ 4.

Allerdings darf der Ehemann auch durch Verfügungen auf den Todesfall der Ehegattin wider ihren Willen diejenigen Rechte nicht schmälern oder entziehen, welche ihr im Falle der Intestaterbfolge in seinen Nachlaß als portio statutaria gesetzlich zugesichert sind, denn nach der Auffassung des deutschen Rechts gilt die portio statutaria als durch die Ehe verdient.¹¹⁾

Dadurch eben unterscheidet sich der Anspruch des überlebenden Ehegatten auf die portio statutaria von dem gemeinrechtlichen Rechte des Rotherben, so wie des Pflichttheilsberechtigten im eigentlichen Sinne.

Der Ueberlebende hat vermöge des Rechts auf die portio statutaria im Falle der Beeinträchtigung derselben auch durch negotia mortis causa des anderen Ehegatten, ebenso wie nach Römischen Rechte die dürftige Wittwe, eben nur einen durch persönliche Klage gegen die testamentarischen Erben, salvo testamento, geltend zu machenden Anspruch auf ungeschmälerte Hinterlassung des ihm ab intestato Gebührenden.¹²⁾

Wenn aber der Ehemann seine mit Kindern concurrirende Ehefrau im Testamente zur Erbin instituiert, ohne bezüglich ihrer Illaten oder des ihr constituirten dotalitii irgend etwas zu bestimmen, und die Ehefrau solche, ex testamento ihre deferirte, Erbschaft antritt, so scheint es mir völlig unzulässig, bei solcher testamentarischen Erbfolge auf die Bestimmungen der Intestaterbfolge zurückzugreifen.

Indem der Ehemann seine Ehefrau, welche Vermögen in die Ehe gebracht hat, zu seiner testamentarischen Erbin

11) v. Gerber Deutsches Privatrecht 12. Aufl. § 256 S. 703.

12) v. Gerber l. c. Note 9; Beseler System § 135. S. 569; v. Bangerow 7. Aufl. § 488 in fine.

ernennt, ohne ihre Erbeeseinsetzung an die Bedingung zu knüpfen, daß sie das Rückforderungsrecht bezüglich ihrer Maten resp. den Anspruch auf das *dotulitium* verlieren solle, hat er sie eben einfach unter die regelmäßigen Normen und Conditionen des testamentarischen Erbrechts, nicht aber unter die bloß für die Intestaterbfolge geltenden besonderen Rechtsbestimmungen gestellt.

Er hat von diesen Normen der testamentarischen Erbfolge eben nichts Abweichendes verordnet und es ist daher schon nach allgemeinen Interpretationsregeln auch nicht anzunehmen, daß er von ihnen habe abweichen wollen.

Am Allerwenigsten aber ist anzunehmen, daß er eine, bei der Intestaterbfolge von seinem Willen unabhängige, Bestimmung da habe zur Geltung bringen wollen, wo seine Ehegattin eben nicht ab intestato, also nicht nach unmittelbar gesetzlicher Bestimmung, ohne sein Zuthun und ohne seinen Willen, sondern gerade umgekehrt durch seinen, des Erblassers, in erster Linie maßgebenden, Willen, zur Erbין berufen wird und diese, solcher Berufung gemäß, die Erbschaft antritt, denn in *testamentis plenius voluntates testantium interpretantur*.¹³⁾

§ 5.

Eine gegentheilige Annahme würde also nicht nur hiegegen, sondern überdies gegen den Grundsatz verstoßen, daß singuläre Rechtsbestimmungen stets stricte auszulegen und nicht analog zu extendiren sind, und zwar um so mehr verstoßen, als kein Gesetz, keine Rechtsnorm es dem Ehe-

13) l. 12 D. de R. J. (L, 17).

mann verbietet, der Ehegattin mehr zu hinterlassen, als ihr ab intestato eigentlich zukäme, soweit er nur nicht die Rechte seiner Notherben und Pflichttheilsberechtigten verletzt. Vielmehr sprechen es die kurl. Statuten in den §§ 192 und 193 deutlich genug aus, daß der Ehemann seiner Ehegattin im Testamente — so wie mittelst Erbvertrages — auch mehr hinterlassen könne, als ihr ab intestato gebührt.¹⁴⁾

Durch die Erbeseinsetzung der Frau im Testamente des Mannes, der ihr dabei nicht speciell das Recht, ihre Mäthen zurückerstattet zu verlangen resp. das dotalitium zu beanspruchen, entzieht, erhält die Frau aber regelmäßig mehr, als ihr ab intestato gebührt, da sie, wenn sie eben nicht ab intestato succedirt, auch den, nur für diesen Fall gesetzlich verordneten, Verlust des Rechts auf Rückerstattung ihrer gesammten Mäthen resp. auf Entrichtung des dotalitii nicht erleidet. — Sie kommt daher garnicht in die Lage, von dem ihr bloß bei der ab intestato deferirten Erbfolge in den Nachlaß ihres Ehemannes zustehenden Wahlrechte Gebrauch zu machen.

Wenn also die mit Kindern concurrirende Wittve, welche im Testamente ihres Ehegatten von diesem zur Erbin ernannt worden, die ihr also, *ex testamento mariti*, deferirte Erbschaft desselben antritt, sei es auch, daß der ihr testamentarisch zugewiesene Erbtheil geringer ist, als ihre Intestaterbportion, so hat sie damit erklärt, daß sie eben als testamentarische Erbin, *ex testamento*, succediren, nicht eine, durch Zuweisung einer kleinern Erbportion etwa stattfindende, Beeinträchtigung ihrer portio statutaria geltend machen, sondern sich auf den Boden der testamentarischen Erbfolge stellen wolle.

14) v. Bunge's kurl. Privatrecht § 250. S. 502, Anm. 99.

Demgemäß wird sie auch in gleicher Weise, wie jeder andere testamentarische Erbe, ihre Forderungen und Ansprüche, die sie gegen die Erblasser hat, geltend machen können.

Es werden daher, wenn sie die Erbschaft ihres Mannes angetreten hat, ohne von dem *beneficio inventarii* Gebrauch zu machen, die Wirkungen der *confusio* nur *pro parte* eintreten und das wird denn auch selbstverständlich hinsichtlich ihrer Forderung auf Rückerstattung ihrer Miten resp. auf das *dotalitium* Anwendung finden müssen; während, wenn sie nur *sub beneficio inventarii* die Erbschaft ihres Mannes angetreten hat, ihr das Recht nicht abzusprechen sein wird, ihren Mitenanspruch resp. den Anspruch auf das *dotalitium* unverkürzt, also abgesehen von den rechtlichen Folgen der durch die Erbantrittung bewirkten *confusio*, zurückzuverlangen.

Zu gleichem Resultate aber müßte man um so mehr dann gelangen, wenn man bei der Intestaterbfolge in den Nachlaß des Ehemannes, der ihre Miten zur Berechnung des Werthbetrages ihres Kopf= resp. Tochtertheils einwerfenden, beerbten Wittve lediglich ein Forderungsrecht auf den also berechneten Kopf= resp. Tochtertheil gegen die Erben des Mannes zuerkennt. Denn dieses Forderungsrecht wäre eben durch die, bei der testamentarischen Erbeseinsetzung der Wittve wegfallende Intestaterbfolge und das bei dieser stattfindende Wahlrecht bedingt.

Nur also in dem Falle, wenn die beerbte Wittve von ihrem verstorbenen Ehegatten unter der Bedingung testamentarisch zur Erbin eingesetzt worden, daß sie (auch gegen ihre Miterben) auf die Rückerstattung ihrer Miten verzichte und sie, um den ihr testamentarisch zugewiesenen Erbtheil zu erwerben, auf diese Bedingung eingeht, cessirt ihr, in Obigen näher präcificirter Anspruch auf Rückerstattung der Miten.

§ 6.

Gegen das in Obigem gewonnene Resultat hat man in praxi den Einwand erhoben, daß dasselbe im Widerspruch stehe zu dem Art. 2750 Thl. III. des Prov.=Rechts, zwischen welchem und dem Art. 1780 l. c. eine Wechselbeziehung stattfinde und daß, weil der Pflichttheil der mit der beerbten Wittwe concurrirenden Kinder des verstorbenen Ehemanns nach der Intestaterbportion dieser letzteren zu berechnen, die Intestaterbportion aber ihrer Größe nach dadurch bedingt sei, ob bei der Intestaterbfolge die concurrirende Wittwe defuncti ihren Intestaterbtheil im Nachlasse ihres verstorbenen Ehemanns, unter Verzichtleistung auf die Rückforderung ihrer Maten, oder aber die Rückforderung ihrer Maten, unter Verzichtleistung auf ihre Intestaterbportion, gewählt habe, auch nothwendig die Verpflichtung der in Concurrenz mit Kindern ihres verstorbenen Ehegatten diesem letzteren *ex testamento succedirenden* Ehegatten folge, ihre Maten, ganz ebenso, wie bei der Intestaterbfolge, in den Nachlaß desselben einzuwurfsen.

Indessen erscheinen beide diese Einwürfe bei näherer Betrachtung durchaus unbegründet.

Was zunächst den Art. 2750 l. c. anbelangt, so handelt derselbe lediglich von der Verpflichtung der Descendenten zur Collation des Vorausempfangenen, also desjenigen, was Descendenten von dem erblasserischen Ascendenten bei dessen Lebzeiten aus dessen Vermögen als Zuwendung erhalten haben, und diese Verpflichtung der Descendenten zur Collation des Vorausempfangenen wird in dem besagten Artikel ganz allgemein zu Gunsten des mit den Descendenten concurrirenden überlebenden Parents, welchem ab intestato ein Kindesheil — soll wohl heißen eine Intestaterbportion, die nach unserem Provinzialrechte

ein Kopftheil oder ein Tochtertheil sein kann — gebührt, also nicht bloß zu Gunsten der mit den Descendenten concurrirenden Wittwe des Erblassers, welche Vermögen in die Ehe gebracht hat, und die nicht einmal nothwendig Parens der mit ihr concurrirenden Kinder ihres verstorbenen Ehegatten zu sein braucht, anerkannt, sondern ebenso auch zu Gunsten des überlebenden Vaters, der als solcher, nie etwas zu conferiren verpflichtet ist, als auch zu Gunsten der überlebenden Mutter, welche gar kein Vermögen in die Ehe gebracht, also ebenfalls niemals etwas zu conferiren hat.

Der Art. 1780 l. c. handelt aber überall gar nicht von der Verpflichtung zur Collation des Vorausempfängenen, sondern verordnet nur, daß die mit Kindern ihres verstorbenen Ehemanns ab intestato concurrirende Wittwe, welche Vermögen in die Ehe gebracht, falls sie anstatt der Rückforderung ihrer Illaten eine Intestaterbportion wählt, den Anspruch auf Forderung ihrer Illaten verliere, in diesem Sinne also ihre Illaten in die Erbmasse des Mannes einzuwerfen habe. Dieser Verlust des Rückforderungsrechts bezüglich der Illaten bei der Intestaterbfolge hat aber begreiflich nichts gemein mit der Collation des Vorausempfängenen, zu welchem die der Frau gehörigen Illaten, welche diese nicht füglich als Descendentin von ihrem Ehegatten bei dessen Lebzeiten aus dem Vermögen desselben erhalten konnte, unmöglich gehören können.

Es findet hienach auch nicht die geringste Wechselbeziehung zwischen den Bestimmungen des Art. 2750 einerseits und des Art. 1780 andererseits statt, welche beide von ganz verschiedenen Dingen handeln, ganz abgesehen davon, daß das bei der Intestaterbfolge in den Nach-

laß des Ehemanns platzgreifende *Wahlrecht* der mit Kindern des verstorbenen Mannes concurrirenden Wittve, die Vermögen in die Ehe gebracht hat, zwischen einer Intestaterbportion im Nachlasse des verstorbenen Mannes, unter Verlust des Rückforderungsrechts ihrer Miten, und der Rückforderung ihrer Miten eine ganz offenbare *singularitas juris* ist, die eine analoge Anwendung schon nach allgemeinen Interpretationsregeln nicht gestatten würde.

Nicht minder muß es als völlig verfehlt erscheinen, eine Verpflichtung der *ex testamento mariti* succedirenden Ehegattin, ihre Miten in den Nachlaß des Ehemannes einzuwurfen, aus der *Pflichttheilsberechtigung* der mit der Wittve concurrirenden Kinder des verstorbenen Mannes abzuleiten.

Es liegt bei diesem Argumente gegen die hier vertretene Anschauung offenbar ein Fehlschluß vor. Einmal nämlich ist dabei außer Acht gelassen, daß die *ex testamento mariti* zur Erbschaft desselben berufene Ehegattin, wenn sie dieselbe antritt, garnicht in die Lage kommen kann, von dem, nur bei der Intestaterbfolge in den Nachlaß des Ehegatten stattfindenden, *singularen Wahlrechte* zwischen einer Intestaterbportion im Nachlasse des Mannes und der Rückforderung ihrer Miten Gebrauch zu machen, weil sie eben nicht *ab intestato*, sondern *ex testamento mariti* zur Erbschaft des Mannes berufen wird. Sodann aber wird bei diesem Argumente auch übersehen, daß rechtsbekanntlich der *Pflichttheil*, welcher allerdings nur eine *portio portionis ab intestato debita* ist, seinem Vermögensbetrage nach lediglich mit Rücksicht auf den Stand des Vermögens zur Todeszeit des Erblassers, nach Abzug der Schulden und Leichenkosten, zu berechnen ist, so daß also spätere Vermehrungen oder Verminderungen des Nachlaßvermögens dabei

nicht in Betracht kommen ^{14a)}, während sich der Pflichttheilsberechtigte das von ihm zu conferirende Vorausempfangene auf seinen Pflichttheil anrechnen zu lassen hat, so daß das Vorausempfangene bei der Berechnung des Pflichttheils mit in Anschlag zu bringen ist, als ob es sich zur Zeit des Todes des Erblassers noch in der Erbschaft befände. ^{14b)} Mit diesen verständigen gemeinrechtlichen Grundsätzen stimmen denn auch die Art. 2010 und 2011 Zbl. III. des Prov.-Rechts vollkommen überein.

Darnach sind also die Maten der Ehefrau bei der Berechnung des Pflichttheils nicht in Anschlag zu bringen, da sie zur Todeszeit des Erblassers nicht zu seinem Vermögen gehören und wenn später bei der Intestaterbfolge die Ehefrau des Erblassers auf die Rückforderung ihrer Maten verzichtet, es sich dabei eben um eine spätere Vermehrung des Nachlasses handelt, welche auf die Berechnung des Pflichttheils nach der Intestaterbportion mit Rücksicht auf den Stand des Vermögens zur Todeszeit des Erblassers nicht den mindesten Einfluß üben kann und darf.

§ 7.

Verhält es sich so mit dem Matenanspruche und dem totalitium der mit Kinderu concurrirenden, testamentarisch zur Erbin ihres Ehegatten eingesetzten und solche ihr testamentarisch deferirte Erbschaft auch antretenden Wittwe, so fragt es sich nur noch, welchen Einfluß die Nichterwähnung des Wittwenjahres der testamentarisch von ihrem Manne zur Erbin instituirten Ehegattin auf ihr Recht, das Wittwen- oder

^{14a)} Arnolds Pandekten § 593 6. Aufl.; Windscheid Pandekten 5. Aufl. Band III, § 581, Note 11.

^{14b)} Arnolds l. c. § 594; Windscheid l. c. § 531.

Trauerjahr in Anspruch zu nehmen, ausübt, eine Frage die freilich in gleicher Weise für die beerbte Wittwe, wie für die unbeerbte Wittwe, und für erstere sowohl, wenn sie Vermögen in die Ehe gebracht, als auch für den Fall, wo dieses nicht geschehen, desgleichen für den unbeerbten Wittwer, welcher seiner Ehegattin ex testamento succedirt, aufzuwerfen wäre, da bei der Intestaterbfolge die sämtlichen gedachten Personen einen Anspruch auf den Genuß des Trauerjahres haben. ¹⁵⁾

Die Beantwortung dieser Frage dürfte m. G. weniger Schwierigkeiten machen, als die früher erörterte über den Anspruch der im Testamente des Mannes zur Erbin instituirten beerbten Wittwe auf Rückerstattung ihrer Illaten und resp. auf Entrichtung des dotalitii.

Der Anspruch der beerbten Wittwe auf den Genuß des Trauerjahres ist nach unseren Quellen ein *beneficium*, ein besonderes *emolumentum mortis causa*, welches einerseits der mit Kindern ihres verstorbenen Mannes concurrirenden Ehefrau auch dann, als ein *praecipuum*, zukommt, wenn sie ihre Illaten oder das dotalitiu wählt, also die ihr ab intestato deferirte Erbschaft des Mannes ausschlägt, andererseits aber auch die ganze Nachlassmasse des verstorbenen Ehemanns belastet; der beerbten Wittwe gebührt eben der Genuß der sämtlichen Einkünfte von dem ganzen Vermögen des verstorbenen Mannes um Laufe eines Jahres, und zwar außer und neben den übrigen ihr gesetzlich zustehenden Vortheilen. ¹⁶⁾

Ist aber dieses, die Erbschaft zu Lasten der Erben beschwerende, *emolumentum mortis causa* demnach ganz

15) Art. 1780, 1783, 1789 l. c.

16) Stat. Curl. in verbis: „Praeterea ejus anni x.; Art. 1770 l. c.

u n a b h ä n g i g d a v o n , o b d i e b e e r b t e W i t t w e E r b i n i h r e s v e r s t o r b e n e n M a n n e s g e w o r d e n i s t o d e r n i c h t , s o v e r s t e h t e s s i c h v o n s e l b s t , d a ß s i e n i c h t n u r s e l b s t d a n n , w e n n s i e E r b i n i h r e s M a n n e s g e w o r d e n i s t , d i e s e s b e n e f i c i u m a u s s c h l a g e n k a n n , ¹⁷⁾ s o n d e r n , d a ß s i e a u c h u m g e k e h r t d i e s e s b e n e f i c i u m i n A n s p r u c h n e h m e n k a n n , w e n n s i e n i c h t , o d e r n i c h t a b i n t e s t a t o , E r b i n i h r e s v e r s t o r b e n e n M a n n e s g e w o r d e n i s t . ¹⁸⁾

U n d d i e s e s , z u r p o r t i o s t a t u t a r i a d e r b e e r b t e n W i t t w e g e h ö r i g e , i h r n i c h t b l o ß w a h l w e i s e z u s t e h e n d e , e m o l u m e n t u m m o r t i s c a u s a k a n n d e r W i t t w e a u c h d u r c h D i s p o s i t i o n e n a u f d e n T o d e s f a l l v o m E h e m a n n e u m s o w e n i g e r e n t z o g e n o d e r g e s c h m ä l e r t w e r d e n .

H a t a l s o d e r E h e m a n n i n s e i n e m T e s t a m e n t e d i e b e e r b t e W i t t w e z u r E r b i n e i n g e s e t z t u n d h i n s i c h t l i c h d e s W i t t w e n j a h r e s n i c h t s b e s t i m m t , s o k a n n s i e d e n A n s p r u c h a u f d i e R e v e n ü e n d e s W i t t w e n j a h r e s u m s o m e h r g e l t e n d m a c h e n , a l s a u s d e m b l o ß e n S c h w e i g e n d e s M a n n e s n o c h n i c h t e i n m a l g e f o l g e r t w e r d e n k a n n , e r h a b e i h r d i e s e n , v o n d e r E r b e n q u a l i t ä t g a n z u n a b h ä n g i g e n , a u f d e n T o d e s f a l l n i c h t z u s c h m ä l e r n d e n A n s p r u c h e n t z i e h e n w o l l e n .

S o l l t e a b e r d e r E h e m a n n i n s e i n e m T e s t a m e n t e d e r v o n i h m z u r E r b i n i n s t i t u i r t e n b e e r b t e n W i t t w e d e n G e n u ß d e s T r a u e r j a h r e s e n t z o g e n o d e r g e s c h m ä l e r t h a b e n , s o b r a u c h t s i e s i c h d i e s O b i g e m n a c h n i c h t g e f a l l e n z u l a s s e n , e s s e i d e n n , d a ß i m T e s t a m e n t e d e s E h e m a n n e s d e r V e r z i c h t a u f d a s W i t t w e n j a h r z u r B e d i n g u n g d e r E r b e s e i n s e t z u n g d e r b e e r b t e n W i t t w e g e m a c h t w o r d e n u n d d i e s e , u m d e n i h r t e s t a m e n t a r i s c h z u g e w i e s e n e n E r b t h e i l z u e r h a l t e n , a u f d i e s e B e d i n g u n g e i n g e h t .

A u s d e n s e l b e n G r ü n d e n a b e r m u ß d u r c h w e g d a s s e l b e a u c h v o n d e m A n s p r u c h e d e r b e e r b t e n W i t t w e , d i e k e i n V e r m ö g e n i n

17) Reumann l. c. S. 66 flg. und v. Bunge l. c. S. 504. Anm. V.

die Ehe gebracht, so wie von dem Ansprüche der unbeerbten Wittwe und des unbeerbten Wittwers auf das Trauerjahr gelten, wofür auch schon die ganz allgemeine Vorschrift des § 197 Stat. Curl. spricht, mit welcher unser Prov.-Recht Thl. III. übereinstimmt.¹⁸⁾

18) A. M. Neumann l. c. S. 67; jedoch aus dem doch wohl nicht überzeugenden Grunde, daß das Wittwenjahr ein Erbschaftstheil sei. Es handelt sich hier um einen, auf besonderem beneficio beruhenden, den ganzen Nachlaß, also auch die Erbtheile anderer Erben ergreifenden Anspruch auf die sämtlichen Nachlassrevenue während eines Jahres, vom Todestage des Erblassers ab gerechnet.

In gleicher Weise, wie jeder Erbe, auch wenn er die Erbschaft ausschlägt, dennoch ein ihm hinterlassenes Legat in Anspruch nehmen kann, wenngleich der ihm legirte Gegenstand zur Erbmasse gehört und einen Bestandtheil derselben bildet, ganz ebenso kann der überlebende Ehegatte, auch wenn er die Erbschaft des verstorbenen Ehegatten ausschlägt, das ihm gesetzlich zustehende beneficium des Trauerjahres in Anspruch nehmen; worüber ja auch kein Zweifel walten könnte wenn dem überlebenden Ehegatten von dem verstorbenen der Genuß des Trauerjahres speciell legirt wäre.

II.

Begriff und Wesen des „Stammguts“ im estländischen Landrecht

von cand. juris Max von der Brincken.

Einleitung.

Als die Deutschen in der zweiten Hälfte des zwölften Jahrhunderts sich zunächst an der Düna niederlassend, dann ihre Macht und Cultur immer weiter verbreitend, einen neuen Staat in Estlivland gründeten, verpflanzten sie auf diesen neuen Boden ihre heimatlichen Sitten, Gewohnheiten und Rechtsanschauungen, indem sie dadurch zu vielen, noch jetzt bei uns in den Ostseeprovinzen geltenden Rechtsnormen den Grund legten.

Wenn wir nun finden, daß diese Rechtsinstitute im Allgemeinen einen ziemlich gleichen oder mindestens ähnlichen Entwicklungsgang, wie in Deutschland so bei uns, genommen haben, so hat dieses in der lange fortdauernden politischen Verbindung Estlivlands mit seinem Stammlande, und dem selbst nach der Trennung desselben nach wie vor ununterbrochenen Einflusse der gemeinrechtlichen Doctrin auf unsere Praxis seine natürliche Basis.

Es fällt die „Aufsiegelung“ und Colonisation des alten Livlands in eine Zeit, da in Deutschland das Lehnswesen in seiner Blüthe stand, — was war natürlicher, als daß dasselbe auch in Livland, wo die bedingenden Momente dazu keineswegs

mangelten, die Grundlage des neugegründeten Staats- und Rechtszustandes wurde?

Nur in der ersten Zeit hatten der Orden und die geistlichen Landesherren den Eingeborenen den Grund und Boden, auf dem sie saßen, als Eigenthum gelassen, wofür sie, wie aus den verschiedenen Unterwerfungsverträgen zu ersehen (z. B. Unterwerfungsvertrag mit den Curen anno 1236), Grundsteuern zahlen und gewisse Frohnen leisten mußten. ¹⁾ Sehr bald wurde es anders: es mußte den Landesherren in Anbetracht der geographischen und politischen Lage ihrer Länder daran liegen, möglichst viel zuverlässige Leute aus der Heimath heranzuziehen, und indem sie diese ans Land fesselten, die eigenen Streitkräfte zu vermehren. In immer weiterem Maaßstabe wurden daher größere Grundstücke sammt den darauf wohnenden Landeseingeborenen an aus Deutschland herangezogene Krieger, meist dem Ritterstande angehörig, gegen zu leistende Kriegsdienste oder als Lohn für ausgestandene Mühen und Gefahren verliehen, während die betreffenden Eingeborenen nun direct an diese ihre Leistungen zu machen verpflichtet wurden.

Freilich gab es außer diesen Lehngütern und den unmittelbar von den Landesherren und ihren Gebietigern verwalteten Ländereien, die wir Domainen nennen könnten, hier und da Allodialgüter: ²⁾ diese waren für besondere Verdienste an Private verliehen worden, oder es waren Landstrecken, die nur noch ein kleiner Theil der Eingeborenen als freies Eigenthum sich zu erhalten gewußt, oder die von einzelnen Glückrittern auf eigene Faust erkämpft und urbar gemacht worden waren, und von denen es im Privilegium Sigismundi Augusti heißt: „*quae vero ex vastis nemoribus multo longoque sudore acquisita primi occupantis juxta juris communis ordinationem*

1) Vergl. Mittel. livl. Ritter R. Cap. 89.

2) Helmersen: Gesch. d. livl. Adels R. 5, §§ 4, 16, 28, 61, 127.

manebunt.“³⁾ Aber auch die Zahl dieser war so verschwindend gering, daß Herzog Gotthard Kettler in seinem Privilegium anno 1570 ganz mit Recht sagen konnte, daß es in seinen Herzogthümern „besage der Lehnrechte mit den Landgütern gehalten worden“,⁴⁾ zumal noch die meisten Allodialgüter des dadurch entstehenden Schutzverbandes willen, wie solches auch in Deutschland zum Deftern vorkam, dem Landesherrn zu Lehn angetragen wurden, und wir in unsern Rechtsquellen selbst Belehnungen mit vom Vasallen gekauften Gütern finden, worin Neumann bloß die Bestätigung einer Lehnsübertragung sehen will.⁵⁾

Ein Beispiel bietet uns der Lehnbrief des Herrmeisters Brüggeney (aus Wenden, Dienstag nach Kreuzerhöhung 1542), ertheilt dem Ordensrathe Philipp Brüggeney.

Aus dem oben Gesagten erklärt es sich, daß in den ältesten einheimischen Rechtsquellen, wie in den Aufzeichnungen des Waldemar-Erich'schen Lehnrechts und des ältesten livländischen Ritterrechts, des allodialen Grundbesitzes gar nicht erwähnt wird, und daß selbst das mittlere Ritterrecht nur wenig landrechtliche Normen enthält, obgleich bei dessen Aufzeichnung das sächsische Landrecht entschieden nicht ohne Einfluß gewesen ist.

Da, wie gesagt, im alten Livland die nöthigen Bedingungen für eine günstige Gestaltung des Vasallenverhältnisses zweifellos vorhanden waren, so mußte, nachdem im Deutschen Reiche schon ungefähr seit dem Jahre 1000 das Lehnsverhältniß sich allgemein als ein erbliches festgestellt hatte,⁶⁾ Gleiches auch in

3) Priv. Sig. Aug. Art. XIII. (Ziegenhorn: Staatsrecht, Beilage 53).

4) Priv. Gotthardi: Punct VI. (Ziegenhorn: StR., Beil. 76).

5) Neumann: Curl. Erbrecht. S. 93.

6) Eichhorn: Deutsch. Staats- u. Rechtsgesch. Bnd. 2. §§ 259. 345. 365. — Waiß: Verfass. gesch. II. S. 226. 429. 616. III. S. 451. VI. S. 151. — Schulte: Deutsch. Reichs- u. Rechtsgesch. §§ 43. 50 ff.

Livland eintreten, und zwar halten die Einwohner, zum größten Theil dem sächsischen Stamme angehörend, auch die Grundsätze des norddeutschen Lehnrechts mit sich gebracht.⁷⁾

Es war aber das alte deutsche und livländische Lehn ein strenges Mannlehn,⁸⁾ und beschränkte sich die Erblichkeit desselben bloß auf den Mannsstamm in gerader absteigender Linie, so daß, falls der letzte Besitzer keinen directen lehnsfähigen Descendenten hatte, der Lehnsherr das Gut jure caduci einzog⁹⁾; und nur ausnahmsweise sprechen die livländischen Ritterrechte, bloß für den Fall, daß der Vater sein Lehngut dem Sohne abgetreten hatte, und dieser noch bei Lebzeiten des Vaters verstarb, auch Ersterem, dem Ascendenten, ein Erbrecht oder eigentlich Heimfallsrecht zu.¹⁰⁾

Dabei stand dem Lehnsmanne, freilich nur, wenn er „mit rechter Schuld belastet“ war, das Recht zu, selbst ohne Consens des Lehnsherrn sein Gut zu verkaufen, welche Befugniß jedoch dadurch beschränkt war, daß jener unter Umständen, je nach Art der Veräußerung und Qualität des Objects, ein Näherrecht hatte, dessen Spuren übrigens seit 1500 verschwinden.¹¹⁾

Eine Ausnahme von obiger Regel trat ein, wenn ein Vasall sein Gut mehreren Söhnen hinterließ, und diese im gemeinschaftlichen Besitze desselben blieben. Sie erlangten in solchem Falle, wenn auch nur Einer von ihnen um Erneuerung der Investitur beim Lehnsherrn nachgesucht, die gesetzliche „gesammte Hand“ am Lehngute,¹²⁾ und ein gegenseitiges Erbrecht, dem zu Folge, falls einer ohne lehnsfähige Descendenten zu hinterlassen verstarb, der ideelle Antheil desselben an die überlebenden Brü-

7) Biegenhorn StR. §§ 7. 9. 312. 313. — Neumann GR. S. 35.

8) Aelt. livl. Ritter R. Art. 3. 28.

9) Aelt. Ritter R. Art. 11. 38.

10) Wald.-Gric. Lehn R. Art. 20. — Aelt. Ritter R. Art. 23.

11) Wald.-Gric. LR. Art. 23. Aelt. Ritter R. Art. 34.

12) Vetus auct. de benef. 1. § 33 (Corp. jur. feud. v. Senftenberg).

der resp. deren Nachkommen fiel. So ist also des *jus conjunctae manus* der ältesten Zeit nur das auf dem thatsächlich vorhandenen gemeinschaftlichen und ungetheilten Besitz des Lehnguts durch die agnatischen Descendenten des ersten Erwerbers beruhende gegenseitige Erbrecht derselben.

Wurde aber im Lehngute eine Theilung vorgenommen, so ging das auf der Gemeinschaft beruhende Successionsrecht zu Gunsten des Landesherrn verloren.

Um nun die nachtheiligen Folgen der aufgehobenen Gemeinschaft zu beseitigen, und die Vererbung weiter auf sämtliche männliche Nachkommen des ersten Erwerbers auszudehnen und für sie zu sichern, wurde zunächst vom Lehnherrn eine Gesamtbelehnung, *simultanea investitura*, dahin erbeten, daß derselbe auch den sich theilenden Brüdern die Zusicherung gab, die „sammende Hand“ trotz der Theilung als nicht aufgehoben und die Gemeinschaft als fortbestehend ansehen zu wollen. — Es konnte dies Recht nicht bloß Brüdern, sondern auch entfernteren Verwandten oder gar fremden Personen der Art verliehen werden, daß der Eine mit seiner Descendenz den Besitz und die Andern nur die Anwartschaft für den Fall erhielten, daß jene ausstarb oder des Lehns verlustig ginge.¹³⁾

Aber man ging noch weiter: außer den genannten Fällen der „gesammten Hand“ stießen wir seit dem Anfange des 15. Jahrhunderts auf eine neue Art derselben: es findet die *simultanea investitura* nicht bloß an einzelne bestimmte Personen statt, sondern schon an einen ganzen Stamm, an ein ganzes Geschlecht, so daß in Ermangelung männlicher Descendenten des letzten Besitzers das Lehen, Stammlehen genannt, so lange noch ein männlicher Nachkomme des ersten Erwerbers am Leben, immer an den nächsten Agnaten bis zum gänzlichen Erlöschen der Sippe fällt.

13) Waldb.-Erbh. R. Art. 2. Welt. Ritter R. Art. 6. 7. Mittl. R. Cap. 5. 8.

Zuerst war es die Familie Tiefenhausen, deren sämtliche Güter vom Erzbischof Wallenrod 1417 für Stammlehen erklärt wurden; später spricht das Privilegium Brüggeneys (anno 1546) davon, indem es zugleich die Bestimmung trifft, daß falls dergleichen Lehn als erledigt an den Lehns Herrn zurückfielen, sie von ihm weiter vergeben werden mußten.¹⁴⁾ Während diese „sammelnde Landesgerechtigkeit“, die wir hauptsächlich im Erzstift und Bisthum Pilsen vorfinden, anfangs der Art verliehen wurde, daß dieselbe auch auf die spätern Güter, die das betreffende Geschlecht erwerben würde, ipso jure übertragen werden sollte,¹⁵⁾ wird in der Folge bestimmt, daß diese besondere Successionsart nur in Betreff der ausdrücklich mit diesem Rechte verliehenen Güter Geltung habe.¹⁶⁾

In der Regel waren diese Stammlehen nicht unveräußerlich, und stand dem nächsten Agnaten für den Fall eines Verkaufs resp. einer Pfandsatzung, wie Brüggeneys bestimmte, ein Näherrecht zu.¹⁷⁾

Diesem Gesamthandrechte trat, als im Erzstift vier Familien kraft desselben sämtlichen Grundbesitz in ihre Hände zu bringen drohten, der ganze übrige Adel auf dem Manntage zu Lemsa 1523 gegenüber, und beschloß keines seiner Güter an ein Glied jener Familien zu veräußern oder als Heirathgut an jene gelangen zu lassen, — und das Stammlehen, das sich eine Zeit lang großer Verbreitung erfreut, tritt im Erzstift in Folge dessen in den Hintergrund.

Eine andere, noch bedeutendere Veränderung wurde durch die Privilegien der verschiedenen Landesherren in der Erbfolge durch Ertheilung der *libertas gratiae*, des sogenannten Gnadenrechts, hervorgerufen. Es sind dies die allmählig sich erweitern-

14) Privil. Brüggeneys. a. 1546: § 8.

15) Vgl. weiter unten § 4.

16) Sylvester Gnade (1457) Art 11. Privil. Brüggeneys. (1546) § 6.

17) Privil. Brüggeneys. § 6.

den Gnadenbriefe des Bischofs Nicolaus (aus der ersten Hälfte des 13 saec.) für die rigaschen Stiftsvasallen, des Königs Christoph II. (1329) und des Hochmeisters Jungingen (1397), ertheilt der Harrisch-Bierischen Ritterschaft, endlich des Erzbischofs Sylvester (1457), ertheilt dem Adel des Erzstifts. Dieselben Rechte wurden durch den Ordensmeister Brüggeneu (1546) den Ordenslanden, durch die Bischöfe, Kiewel dem Stift Wiek-Defel, Gellinghausen dem Stift Dorpat gewährt.¹⁸⁾

Der Inhalt der Gnadenrechte ist folgender: in Ermangelung männlicher Erben sollen von nun an auch die Töchter mit ihrer sämmtlichen Descendenz, sei es Schwert- sei es Spillseite, succediren, jedoch hiebei in der niedersteigenden Linie das Repräsentationsrecht gelten, so daß selbst die weibliche Descendenz der Söhne die Töchter und deren Nachkommenschaft ausschließt. In den Seitenlinien regelt sich dabei die Lehnfolge nach dem sächsischen Parentelsystem, der sogenannten Linealgradualordnung: die nähere Linie oder Parentel hat vor der entferntern, und in der Linie der dem gemeinschaftlichen Stammvater Nähere vor dem Weiteren den Vorzug.¹⁹⁾

Diese Gnadenbriefe enthalten noch eine Beschränkung der Vererbung bis in's 5. Glied der Seitenverwandtschaft.²⁰⁾ Wie zwischen halber und voller Geburt nach wie vor kein Unterschied gemacht wurde, so drang auch das Repräsentationsrecht in den Seitenlinien erst mit dem römischen Rechte ein.²¹⁾

Nur in Folgendem wich die Gnadenerbfolge vom sächsischen Landrecht ab: Das Erbgut (jedes auf dem Wege der In-

18) Gellinghaus. Gnadenrecht (1540) § 6. Vergl. Mitt. Ritter R. Cap. 11. — Bunge: lib.-eigl. Privat R. § 363.

19) Sylvest. Gnaden R. §§ 3. 4. — Eichhorn: Deutsch. Privat R. §§ 331. 356.

20) Junging. Gnaden R. (1397) §§ 3. 4. Sylvest. Gnade. § 8.

21) Eichhorn: Staats- und Recht gesch. § 567. — Bunge: Einleitung u. § 73.

testaterbfolge ererbte Landgut) geht zunächst an die Linie, (väterliche oder mütterliche Seite) von der es stammt; ²²⁾ ferner haben männliche Verwandte, wenn sie mit gleich nahen weiblichen concurriren, allein ein Erbrecht, diese nur Anspruch auf Leibzucht resp. Aussteuer, ²³⁾ während sich dies Vorrecht des männlichen Geschlechts im Sachsenspiegel nur bis auf den ersten Grad der ersten Parentel in der Seitenlinie erstreckt. ²⁴⁾ Diese Gnadenerbfolge wurde nun mit Ausnahme der „zur gesammten Hand“ verliehenen Güter die Regel für die Succession in den Nachlaß eines Vasallen, und die Erbfolgeordnung, wie sie sich mit der Zeit in den verschiedenen Lehngütern gestaltet hatte, war demnach folgende: In einzelnen Territorien Altlivland's, wo sich noch hier und da Mannlehen fanden, galt das alte strenge Mannlehnrecht; in den Gnadenlehn, die bei Weitem die andern an Zahl übertrafen, konnten sowohl das männliche wie weibliche Geschlecht succediren, in den Seitenlinien schlossen die nähern Cognaten die weitem Agnaten aus. In der „sammenden Hand“ endlich fiel das Lehn in Ermangelung männlicher Nachkommen des jeweiligen Besitzers an die Gesammthandgenossen, deren Begriff beim Stammlehn mit den Agnaten zusammenfällt.

Wir kommen zur polnischen Zeit, nach Aufhebung des Ordensstaats und Zerfall Altlivlands. Von nun an soll sich unsere Aufmerksamkeit bloß auf Kurland-Piltten beschränken.

Nachdem sich das Recht am Grundbesitz, wie oben gezeigt, entwickelt hatte, wurde bei der Unterwerfung an Polen jene privilegierte Lehnfolge nicht nur ihrem ganzen Umfange nach bestätigt, sondern erfreute sich auch in der *Provisio ducalis* und dem *Privilegium Sigismundi Augusti* einer bedeutenden Erweiterung.

22) Bunge: *liv.-estl. Privat R.* § 363.

23) Eichhorn: *Staats- und Rechtsgeich.* § 373.

24) *Sachsenspiegel*: Buch I. 14. § 1. (Weisse).

Mußte es doch auch im Interesse des Adels liegen, jetzt, wo man ruhigeren Zeiten entgegen zu gehn hoffte, und die Idee des Schutzbundes daher in den Hintergrund trat, die Lehen entweder ganz in Allodien zu verwandeln, oder wenigstens durch Eingehung von Gesammthandverbindungen und durch Successionsberechtigung auch der Spillseite das jus caduci möglichst zu beschränken, und aus Lehnsträgern freie Grundbesitzer zu werden.

Als daher der Adel am 12. September 1561 Gotthard Kettler die Instructionen für die Subjectionenverhandlungen ertheilte, ²⁵⁾ schärfte er ihm ausdrücklich ein, den König von Polen zu bitten, „daß wir, unsere Weiber und Kinder, beide, männlichen und weiblichen Geschlechts, der Spill- als Schwertseite, „mit unsern inhabenden Länden und Lehnsgütern von Ihrer Majestät versehen und begnadigt werden, und jedem Geschlecht frei „sein möge mit anderen Geschlechtern in die sammende Landesgerechtigkeit sich zu vereinigen, solches möge zu ewigen Zeiten „confirmirt werden.“

Dieses wurde gewährt und von Polen in den Subjectionenpacten am 18. November 1561 garantirt: ²⁶⁾ „omnia etiam „eorum jura, beneficia, privilegia saecularia et ecclesiastica, „praesertim nobilium tam simultaneae investiturae jus quam „et libertatem gratiae in successione haereditaria ad utrumque sexum etc.“ (Wie unklar der Begriff simultanea investitura in der Folge lange Zeit gewesen sein muß, sehen wir aus einer uns vorliegenden Uebersetzung der pacta subjectionis von dem Obersecretairen des curländischen Oberhofgerichts Birkel, ²⁷⁾ der seiner Zeit ein anerkannter Jurist und Quellenübersetzer jenes

25) Vollmacht des Adels „zum Unterwerfungsbandel“, Riga, 12. September 1561. (Ziegenhorn: Staatsrecht. Beil. 49.)

26) Pacta subjectionis inter regem Sigis. Aug. et magistrum Gotth. Kettler. inita Vilnae 28. Nov. 1561. (Ziegenhorn: StR. Beil. 50.)

27) Birkel: Regierungsformel, Unterwerfungs-Verträge, Privil. Sig. (Mitau 1807) S. 76. 77.

an oben citirter Stelle mit „sämmtliche Belehnung derer von Adel“ wiedergiebt.)

Dasselbe sagt auch das Privilegium Sigismundi: ²⁸⁾ „*rum cum plures sint in Livonia, qui cum consanguineis suis atque aliis familiis jus simultaneae sive conjunctae manus contrahendi facultatem olim nacti sunt, ut hoc ipsum privilegium a Vestra Sacra Majestate caeteris quoque omnibus — nostris que personis — concedatur in omnibus bonis feudalibus, quae modo obtinent, quae in futurum quovis modo, sive speciali gratia sive contractu licito, obtinere poterunt, non modo cum consanguineis, affinibus, sed aliis quoque exteris familiis atque sociis tale jus simultaneae sive conjunctae manus coire atque contrahere: hoc est, ut habeamus liberam et omnimodam facultatem de bonis nostris disponendi, dandi donandi, vendendi, alienandi, et in usus bene placitos, non requisito Majestatis Vestrae consensu.*“

Und im Art. 10 desselben Privil. heißt es: „*ut nobis libertatem gratiae pro Regia benignitate concedat, quemadmodum in successione ducatus Esthoniae, Harriae, Wironiae, ac Dioecesis Rigensis olim obtinuerunt — hoc est, ut habeamus potestatem succedendi non modo in descendentibus sed etiam in collateralibus utriusque sexus.*“ Wenn dieser Art. 10 dann mit den Worten schließt „*salvo tamen jure fisci seu jure caduci*“, so ist es ein bloß theoretisches Recht, das sich der Landesherr vorbehält, bei dem von einer wirklich practischen Bedeutung kaum noch die Rede sein konnte. Das Gesamthandrecht, das schon mehrere Entwicklungsstadien durchgemacht, erhielt durch die Bestätigung und die Zusätze des Privil. Sig. Aug. wiederum einen neuen Charakter, den von Erbverträgen oder speciell von Erbverbrüderungen.

²⁸⁾ Privil. Sig. Aug. (28. Nov. 1561) Art. VII. (Ziegenhorn: StR. Beil. 53).

Alles dieses wurde noch einmal von Herzog Gotthard in seinem „Privilegium für den curländischen Adel“ ²⁹⁾ bestätigt, doch mit der Beschränkung, daß es bloß auf die bereits zu Lehn besessenen Güter zu beziehen sei, in den vom Herzog oder seinen Nachfolgern zu verleihenden Gütern aber nur die specielle „Investitur, Verleihung und Hantfeste“ über die Befugnisse des Lehnsträgers und die event. Erbfolge entscheiden solle.

Außerdem verlangte Herzog Gotthard im Art. 12 desselben Privil.; daß bei jeder Veränderung in dem Besitze irgend eines Landguts dem Lehnsherrn der Huldigungsseid geleistet werde. Dies führte bald zu dem für beide Theile so folgeschweren bekannten Streite zwischen dem Herzoge Wilhelm und den beiden Rode, ³⁰⁾ welcher Streit seinerseits die Aufzeichnung der curländischen Statuten und der Regimentsformel durch die polnischen Commissarien anno 1617 veranlaßte.

Da nun die Bestimmungen, die die curländischen Statuten trafen, so allgemein gehalten waren, daß man sie auch auf die neuen Lehn der herzoglichen Zeit beziehen konnte, und letzteres natürlich mit Freuden that, verschwand in Folge dessen allmählig der Unterschied zwischen diesen und den alten Lehn aus der Ordenszeit, indem letzteren die ersteren in der Praxis gleich gestellt wurden. ³¹⁾

Anders war es in Wilten nach dem Zerfall des altlivländischen Staates hergegangen: nachdem das Stift seit 1559 mehrmals seine Herren gewechselt hatte, wurden im Kroneburger Vertrage 1585 von Seiten Polens dem piltenischen Adel, einerseits auf Verlangen Dänemark's, andererseits weil Polen selbst seine An-

29) Privilegium Gotthard. (20. Juli 1570) Art. VI. (Ziegenh. StR. Beil. 76.)

30) Ziegenhorn: Staatsrecht § 121 ff. — Neumann: Erbrecht S. 99 ff.

31) Anders Ziegenhorn: StR. § 657, der noch am Wortlaut des Priv. Gotth. festhält.

sprüche auf Wilten aus der allgemeinen Unterwerfung Livland's herleitete, und diese wiederum erst in Folge Zugeständnisses der von den livländischen Ständen ausbedungenen Rechte stattgefunden hatte, seine Privilegien und Praerogativen „in allen Punkten gelassen“; — Rechte, die der piltenische Adel theilweise sich selbst angemacht hatte, da er ohne landesherrliche Bestätigung die im Privil. Sig. Aug. dem livländischen Adel ertheilten Gesammthand- und Gnadenrechte auszuüben nicht Anstand nahm — bis, wie gesagt, dieser thatsächliche Rechtszustand durch den Kroneburger Tractat zu einem rechtlichen wurde.

So vollzog sich factisch die Allodification der Lehnsgüter wenngleich sie de jure in Wilten durch die Transacte von 1661 und 1665, in Curland erst durch das polnische Allodificationsdiplom des Jahres 1776 formell anerkannt ward, und von der alten Lehnfolge, die einer durchaus allodialen Erbfolge Platz gemacht hatte, erhielten sich in Curland-Wilten nur einzelne Ueberbleibsel als Eigenthümlichkeiten bei der Beerbung Indigenatsadliger.

Der im Jahre 1864 redigirte Code unseres provinziellen Privatrechts spricht in seinen Artikeln 1874, 2002 und 2530 von „adligen Stammgütern des curländischen Landrechts.“

Art. 1874: Adoptivkinder erhalten ein Erbfolgerecht in das ererbte Vermögen, in Curland in das Stammgut der Adoptiveltern, sowie in den Nachlaß der Blutsverwandten der Letztern nur kraft besondern Vertrages. In Bezug auf das wohlerworbene Vermögen, in Livland auf alles bewegliche Vermögen derselben, haben die Adoptivkinder auch ohne Vertrag oder Testament dieselben Erbrechte, wie die ehelichen Kinder:

Quellen: l. 23. D. de adoption. (I. 7).

l. 10. C. de adoption. (VIII. 48).

§ 2. J. de adoption. (I. 11).

Öst. Ritter- u. LandR. Buch III. Tit. 2. Art. 1.
u. Tit. 11. Art. 1.

Privileg. Gotthardi (1570) Art. 6.

Pilt. Statut. Th. III. Tit. 1. Art 3 u. Th. II.
Tit. 8. Art. 1.

Rig. StadtR. B. III. Tit 4. § 4 u. B. IV
Tit. 1. § 2.

Lüb. StadtR. B. I. Tit. 10. Art. 2, 3.

Art. 2002: Nach curländischem Landrecht dürfen adelige Stammgüter durch letztwillige Verfügung den nächsten gesetzlichen Erben der beiden ersten Classen nicht entzogen werden. Wenn ein kinderloser Testator neben Eltern auch vollbürtige Geschwister und verstorbener vollbürtiger Geschwister Kinder hat, so muß er jenen die eine, diesen die andere Hälfte der Stammgüter hinterlassen. Sind aber bloß Eltern am Leben, so muß er ihnen das Ganze zuwenden, es sei denn, daß er Vermächtnisse zu milden Stiftungen errichten will: zu solchen darf er den halben Betrag des Werthes der Stammgüter verwenden..

Quellen: Privil. Gotth. (1570) Art. VI.

Pilt. Stat. Th. III. Tit. 1. Art. 3.

Curl. Stat. §§ 172 u. 173.

Art. 2530: Der Stifter muß über das mit dem Familienfideicommiß zu belegende Gut unumschränkt verfügen dürfen. Daher darf in Stamm- und Erbgütern nicht ohne Genehmigung der nächsten Erben und nur vermöge abzuschließenden Vertrages, ein Familienfideicommiß bestellt werden.

Quellen: Mittl. Ritter-Recht. Cap. 45 u. 66.

Privil. Brüggen. (1546) § 5.

Schwed. Testamentstagda. 1686. §§ 1 3. 5.

Dieses „Stammgut“ nun, sein Begriff und Wesen, seine Entstehung, historische Entwicklung und Fortbildung, unter Berücksichtigung sowohl der Quellen als der Praxis, — soll unsere Aufgabe sein.

Wir glauben dieselbe am besten lösen zu können, wenn wir in unserer Abhandlung, zunächst mit dem Stammgut des deutschen Privatrechts beginnend, auf die einheimischen Quellen übergehen, unter denen wir wiederum die speciell curländischen von den piltenischen streng scheiden müssen. An dieses und gestützt auf dasselbe soll sich dann endlich eine Besprechung obiger Artikel des Provinzialcodex schließen.

§ 1.

Das Stammgut des deutschen Privatrechts.

Was ist Stammgut im deutschrechtlichen Sinne?

Bevor wir diese Frage beantworten, wollen wir uns die Entstehungsgeschichte des Stammguts wenn auch nur in ihren Grundzügen vergegenwärtigen, wobei wir im Allgemeinen der Maurenbrecherschen Theorie,¹⁾ die auch von den meisten neueren Germanisten recipirt worden ist,²⁾ uns anschließen zu müssen glauben.

Das mittelalterliche Recht legte dem Grundeigenthume eine so große Bedeutung bei, daß es als wesentliche Bedingung vollen öffentlichen Rechts erschien, und der eigenthümliche Besitz das Fundament der persönlichen Freiheit und der daraus resultirenden politischen Rechte und Befugnisse, wie Stimmfähigkeit in der freien Volksgemeinde, Theilnahme an der Rechtswissenschaft, Schöffenbarkeit u. u. war.

1) Maurenbrecher: Lehrbuch des gesammten deut. Priv.-Rs. §§ 132. 214.

2) Vgl. Zimmerle: d. deutsch. Stammgutssystem S. 256 f. 263 ff. — Stobbe: Handbuch des Deutsch. Privat Rs. Bd. II. § 87 und 90.

Die Vortheile, die aus der Anfässigkeit auf festem Grund und Boden erwachsen, kamen dabei nicht allein dem zeitweiligen Besitzer, sondern als Folge des schutzgenossenschaftlichen Charakters der Blutsfreundschaft mittelbar sämmtlichen mit ihm im Erbverbande stehenden Familiengliedern zu Gute, weshalb die ganze Sippe in jenem den natürlichen Vertreter auch ihrer eigenen Interessen sehn mußte.

Es war daher natürlich, daß das deutsche Recht dieses Verhältniß zu berücksichtigen begann,³⁾ bis diese Berücksichtigung, sich zeitlich und particularrechtlich verschieden entwickelnd, zuletzt im Sachsens- und Schwabenspiegel⁴⁾ ihre höchste Stufe erreichte (Ersterer⁵⁾ bestimmte, daß die nächsten Intestaterben binnen Jahr und Tag jede Veräußerung des Grundeigenthums vernichten und das veräußerte Object einfach vindiciren dürften; erst wenn diese Zeit unbenutzt verstrichen, habe der Käufer die „rechte Gewere.“

Obgleich die beiden Spiegel den Fall der „ächten Noth“ (Gefängniß, Hunger u.) nicht ausdrücklich erwähnen, so muß doch im Hinblick auf die Rechtsquellen der frühern⁶⁾ und spätern Zeit,⁷⁾ die eine Veräußerung unter derlei Umständen, nach vorhergegangenen Angebot an die nächsten Erben, gestatten, angenommen werden, daß er auch den fraglichen Rechtskörpern nicht fremd gewesen ist.

Demgemäß war das Einschreiten der Erben zum Schutze der künftigen Erbfolge, wo sie der Verlust ihrer politischen Existenz bei Veräußerung außerhalb des Familienkreises bedrohte, ein durch die damalige Staatsverfassung hervorgerufenes Institut, dem aber lediglich das Interesse der Familie, deren öconomische

3) Lex Saxon. tit. 15 Cap. 2 und 3 (Merkel 1853). Lex Bajuvar tit. 1. Cap. 1. (Merkel in Monum German. leg. III).

4) Schwabenspiegel Cap. 308. (Wadernagel).

5) Sachsenspiegel I. 52 § 1. (Weiske) II. 43 § 1.

6) Lex Saxon. tit. 15 § 3.

7) Wormser Dienstrecht v. Jahre 1024 (Schannat hist. episc. Wormat. Cod. prob. p. 45 Art. 2).

Stellung und politischen Rechte mannigfach durch den Grundbesitz bedingt werden, zu Grunde liegt. Eine Controverse herrscht hierbei in Betreff des Umfangs des fraglichen Rechts: während die Einen behaupten ⁸⁾ daß das Recht der Erben überhaupt, sowohl zur Zeit der alten Volksrechte, als auch zu der der mittelalterlichen Rechtsbücher, nur bei Veräußerung von Erbgut zur Anwendung gekommen, ist es Ansicht der Andern, ⁹⁾ daß diese Schmälerungen des Eigenthumsrechts erst als sie dem Andrang der Zeiten und den sich zugleich verändernden Rechtsanschauungen nicht mehr widerstehen konnten, auf ererbte Güter beschränkt worden sind.

In Bezug auf den Grund des in Rede stehenden Rechts der nächsten Intestaterben stehen Maurenbrecher und Stobbe verschiedene Meinungen gegenüber, die wir hier nur in Kürze anführen wollen. Einige ¹⁰⁾ Germanisten haben jenes Institut aus dem sogenannten Gesamteigenthume der Familienglieder am Grundbesitz, wonach jedem Interessenten ein Miteigenthum an der ganzen Sache zustehn solle, herzuleiten versucht; Andere ¹¹⁾ aus der gegenseitigen Verpflichtung der Blutsverwandten zur Rache und Vergeldzahlung. Noch Andere ¹²⁾ wollen im altgermanischen Rechtsleben die Idee gefunden haben, daß der Einzelne das ihm ohne sein Zuthun, durch von höherer Hand geordnete

8) Mittermaier: Grundsätze d. gem. deutsch.-Priv. R. § § 157. 284. 432.

9) Maurenbrecher: Lehrbuch d. gesamt. deut. Priv.-R. § § 214. 314. — Gerber: System d. deutsch. Priv.-R. § 81. — Stobbe: Handbuch d. D. P. R. § 87. Bud. II. (Stobbe nimmt freilich an, daß in den Städten das Beispruchsrecht sich stets aufs Erbgut beschränkt hat. Bud. II. S. 117).

10) Pütter: Beiträge z. Staats- und Fürstn.-R. (1779) II. Nr. 360. — Wiener: de natura et indole dominii in territorio Germanae (1786) p. 31. sq. — Unger: altdeutsche Gerichtsverfassung. § 2.

11) Eichhorn: St. u. R. G. § § 19. 57. 71. 198. — Mittermaier: Grundf. d. P. R. § § 157. 432.

12) Pauli: Darstellg. des R. d. der Erbgüter nach älterem lübischen Recht. S. 13 ff.

Verhältnisse und in Folge gesetzlich bestimmten Erbgangs Zugewallene zwar gleichsam als geliebene Gut zu benutzen, nicht aber darüber willkürlich zu verfügen befugt sei, vielmehr dasselbe, wie er es bekommen, auch seinerseits wieder dem Erbgehang überlassen müsse.

Unter dem Einflusse der Zeit gingen diese Rechte der Intestaterben entweder ganz unter, oder es blieb ein bloßes Näherrecht nach, und wo sich noch vereinzelt particularrechtlich die alten Bestimmungen des Mittelalters finden, beziehen sie sich auf das Institut der sogenannten Stammgüter, unter denen das moderne deutsche Privatrecht wiederum die Stammgüter im engeren Sinne von den Erbgiitern unterscheidet.

Unter den eigentlichen Stammgütern versteht das Deutsche Recht Güter des hohen und niedrigen Adels, bei denen sich durch altes Herkommen, nicht durch fideicommissarische Bestimmung, das Recht der nächsten Erben meist in der Art erhalten hat, daß den Söhnen im Falle einer Veräußerung ein Revocationsrecht, den entfernteren Agnaten ein Näherrecht zusteht. Dabei ist es eine auf örtliches Ständesrecht (z. B. Brem. Ritterrecht) oder observanzmäßige Verzicht der Töchter gegründete Eigenthümlichkeit der deutschen Stammgüter, daß sie nur auf männliche Erben übergehen, und die Stammgutseigenschaft demnach in Ermangelung solcher erlischt.

Von diesen allgemeinen Regeln finden wir einzelne Abweichungen in manchen Landesrechten, wo beispielsweise das Stammgut nur den Söhnen hinterlassen zu werden braucht, während, wenn diese nicht vorhanden, der Besitzer vollkommen freie Hand hat. Selbst da, wo den Agnaten ein Näherrecht eingeräumt ist, kann das Stammgut dennoch in der Regel ohne Einwand dem Entferntesten unter ihnen gültig zugewandt werden.¹³⁾

13) Anders das Erbgiit in Rtbl. und Estl. Prov.-R III. A. 1656.

Adoptivkinder sind ebenso wie Legitimirte überall von der Erbfolge ausgeschlossen, wo es sich um ein Vermögen, das den Charakter des adeligen Stammguts hat, handelt. Nach besonderem Familienherkommen fällt bisweilen außer dem Stammgute auch Alles übrige Vermögen an die männliche Descendenz, so daß das weibliche Geschlecht sich mit einer standesgemäßen Alimentation und resp. Aussteuer zufrieden geben muß.

Während man früher der Ansicht war, ¹⁴⁾ daß diese Ausschließung der Frauen von der Succession im Mittelalter gemeines Recht gewesen, und man erst später zu den Erbverzichtten der Töchter als Repressivmittel gegen das eindringende römische Recht gegriffet hat, steht jetzt fest, daß schon das Mittelalter die Gleichstellung der Geschlechter bei der Erbfolge bewerkstelligte, und die ausschließliche Successionsberechtigung der Männer vielmehr nur auf den Ideen eines seit dem XV saec. zum Zwecke der Erhaltung des Familienglanzes sich entwickelnden Adelsrechts beruht: man suchte durch statutarische und Landesgesetze oder durch allmählig zu einer observanzmäßigen Verpflichtung sich ausbildende Erbverzichte der Töchter eine Annäherung des Allod's an die Lehnserbfolge zu bewirken.

Direct aus dem Lehn ist im Gegensatz dazu, nach Erweiterung der Erbfolge in demselben, das Erbgut hervorgegangen.

Das deutsche Privatrecht bezeichnet damit ein jedes Immobile, das von Blutsfreunden, agnatischen oder cognatischen, sei es durch letztwillige Zuwendung sei es auf dem Wege der Intestaterbfolge überkommen ist. Ein solches darf den zur Zeit nächsten Erben, sowohl männlichen als weiblichen Geschlechts, weder durch testamentarische Verfügung noch durch Veräußerung bei Lebzeiten entzogen werden, widrigenfalls jenen ein Revocations- resp. Näherrecht zusteht.

14) Pufendorf: observ. jur. III. obs. 16—19.

15) Vergl. Reyscher, Zeitschrift f. deut. R. Bnd. 6 S. 257.

Dabei sind die Bestimmungen der einzelnen Landesgesetzgebungen, sowie die den Erben particularrechtlich eingeräumten Rechte so verschieden, daß wir, wenn wir weiter unten uns (S. S. 61.) noch unsere provinziellen Privatrechte ansehen, entschieden behaupten müssen, daß die Frage, was Erbgut ist, eigentlich nur particularrechtlich praecise entschieden werden kann.

Nachdem wir oben gezeigt, daß das Stammgut im Allod, das Erbgut aber im Lehn entstanden, zeigt sich der Zusammenhang beider als nur in der Veräußerungsbeschränkung durch eine gewisse Classe von Erben liegend, während folgende Eigenthümlichkeiten als specielle Eigenschaften des Ersteren hervorzuheben sind:

1) Von einem Stammgute im engeren Sinne kann nur bei adeligen Landgütern die Rede sein.

2) Bei der Stammgutserbfolge kommen nur agnatische Blutsfreunde in Betracht.

3) Nur männliche Erben succediren im Besiß des Stammguts. In Ermangelung solcher erlischt die Stammgutsqualität.

4) Das Stammgut bleibt immer bei demselben Namen. (Familiennamen).

5) Adoptirte und Legitimirte sind von der Succession ausgeschlossen.

§ 2.

Das Erbgut Altlivlands zur Ordenszeit.

In Folge des Bedürfnisses der Landesherren, die nach Livland gezogenen Pilger um jeden Preis an's Land zu fesseln, halten die Lehnleute, die ihnen am Lehn zustehenden Befugnisse dahin zu erweitern gewußt, ¹⁾ daß sie unter gewissen Voraus-

1) Vrgl. auch Gerber: System d. deut. PRs. § 126

setzungen zur Veräußerung ihres Lehnsguts auch ohne specielle Genehmigung des Lehnsherrn ermächtigt wurden.

Um nun die eventuellen Rechte der dabei interessirten Personen sicher zu stellen, mußte man auch in Livland zu denselben Rechtsmitteln greifen, wie sie in Deutschland zur Anwendung kamen: zum Widerspruchs-, Unterwindungs- und Näherrechte, und diese Rechtsbehelfe sowohl dem Landesherrn und den Gesammthandgenossen, als auch, worauf es uns hier ankommt, den Blutsfreunden einräumen.²⁾

So finden wir schon in den ältesten Quellen des landesherrlichen Retracts, des Näherrechts der „sammenden Hand“ und der Erblosung der Verwandten Erwähnung gethan.

Wie in Deutschland zwischen ererbtem und erworbenem Gute der herrschenden Ansicht³⁾ nach nur bei Immobilien unterschieden wurde, so knüpfen auch die ältesten provinziellen Rechtsquellen nur an diese Unterscheidung rechtliche Folgen, und lassen die, die freie Veräußerung beschränkenden Rechte der nächsten Blutsfreunde nur bei ererbten Grundstücken in Kraft zu treten.⁴⁾

Obwohl nun im Art 27 des Aelt. livl. Ritterrechts zwischen einem ererbten und wohl erworbenen Lehnsgute kein Unterschied gemacht wird, so ist doch in Hinsicht auf die folgenden Artikel anzunehmen, daß auch hier das Recht der Erben sich nur auf das ererbte Gut erstreckt.

Die wichtigsten Stellen für die in Betreff des Erbguts geltenden Normen im Mittleren livländischen Ritter-Recht sind.

2) Wald. Grich. Lehn-R. Art. 2. — Aelt. Ritter R. Art. 10. 31. ff. — Mittl. Ritter-R. Cap. 8. 64. 65.

3) Maurenbrecher: Lehrb. d. P.R. Art. 214 und 314. — Eichhorn: St. und R.G.: I. § 57. II. § 354. 359. — Mittermaier: Grundsätze d. P.R. § 157. 284. 432.

4) Wald. Grich. Lehn R. Art. 23 und 24. — Aelt. Ritter R. Art. 34 ff.

die Capitel 45, 46, 66, die wir, da die Interpretation derselben vielfach eine verschiedene ist, im Originaltext wiedergeben:

Cap. 45: sunder Erven vorlöff ane nodt en mach ein man syn erffgudt nicht vorgeven; giffst he dat einem hinwech, de Erven mögen ydt wol antasten mit rechte, unde anspreken, were he of all doot, de ydt utgegnen hedde; All gewonnen gudt, unde varende haue mach ein man vorgeuen, sunder syner Erüen vorlöff 2c.

Cap. 46: Hefft ein man mit unrechte ichtes, dat vördern d, Erven mit rechte up dem, dem dat gegeben ys.

Cap. 66: Ein man de dar Erven hefft, de en mach sodan gudt nicht vorköpen, als em sym vater geervet hadde, edder uthselten ane syner Erven vullwort, he möge denn bewisen echte nodt, dat ist vendnisse, besettinge edder armut, oeverst de Erven mögen sich wol vorsümen, Wedderspreken se ydt nicht binnen jar unn dacht wenn se tho eren jaren kamen syn, Bespreken se yde denne, so beholden se er erve, unde geven den yenen er gelt, dat er vader hefft upgehaven.

Unter Erbgut wird also in diesen Rechtsquellen, da sie nur das alte Mannlehnrecht kennen, das durch die Lehnfolge in absteigender Linie vom Vater ab intestato auf den Sohn vererbte Gut verstanden.

„In seiner Befugniß über die Substanz eines solchen Erbguts zu verfügen, sagt Bunge, ⁵⁾ ist der zeitweilige Besitzer in so weit beschränkt, als er dasselbe zum Nachtheile seiner gesetzlichen Erben ohne Einwilligung derselben nicht veräußern darf. Eine Ausnahme macht der Fall der „ächten Noth“, deren Nachweis stets verlangt werden kann. Weil aber die Veräußerungsberechtigung bloß zum Besten der nächsten Intestaterben beschränkt

5) Bunge: livl. estl. Privat R. §§ 91. 178.

ist, so kommt die Beschränkung in Wegfall, sobald keine gesetzliche Erben vorhanden und der Lehnsträger der Letzte seines Stammes ist. Daher ist auch beim Vorhandensein jener die Veräußerung noch nicht an sich ungültig, sondern kann nur von den Intestaterben mit Erfolg angefochten werden — der Art daß ihnen beim Verkauf resp. bei der Pfandsatzung ein Näherrecht, bei unentgeltlicher Veräußerung aber eine Klage auf Richtigkeitserklärung zusteht.“

Bunge sieht demnach in der „echten noth“ einen unbedingten Aufhebungsgrund der Anbieterspflicht resp. des Näherrechts, und bemerkt gegen Helmersen, ⁶⁾ dessen Ansicht wir freilich nur theilweise recipirt haben, daß sich einerseits in den livländischen Rechtsquellen nichts Bestimmtes über eine Berechtigung der Blutsfreunde, das verkaufte Gut einfach vindiciren zu dürfen, eventuell den Widerruf des Kaufvertrags zu verlangen, finde, andererseits überhaupt eine Bevorzugung der Söhne (im Erbgute) (die dann allerdings vorhanden wäre) vor den Gesammthandgenossen (im Gesammthandgute) eine durchaus ungegründete und unmögliche sei.

Indem wir in Bezug auf das Letztere beispielsweise nur auf die durchaus verschiedenen Rechte der Söhne und Gesammthandgenossen in den curländischen Statuten verweisen, ⁷⁾ wollen wir auf eine genauere Beleuchtung obiger Cap. 45, 46, 66, zurückgehen. Im Cap. 66 schließt sich das „Wedderspreken se ydt“ direct an die Veräußerung in „echter noth“, und ist natürlich auf diese zu beziehen. Da zugleich an dieser Stelle die willkürliche Erbgutsveräußerung ohne „vullwort“ der Erben nicht erlaubt wird, und nur die nothgedrungene gestattet ist, ⁸⁾

6) Helmersen: Geschichte d. livl. Adelsrechts. §§ 11. 14. 15. 19. 35 56. 64. 138.

7) Curl. Statuten §§ 177. 185.

8) Brgl. Aelt. Ritter R. Art. 34. 35.

und selbst bei letzterer den Erben ein Näherrecht eingeräumt wird, so muß ihnen consequenter Weise im ersteren Falle, wenn der Besitzer strict wider alle gesetzlichen Bestimmungen handelt, und ohne sich in bedrängter Lage zu befinden, sein Erbgut veräußert, unbedingt eine weiter gehende Befugniß zustehn. Diese ergibt sich aber aus Cap. 45 und 46: Ist ein Erbgut „ane vorlöff“ und „ane nodt“ „vorgeben“, so können die Erben Widerspruch erheben, und das verkaufte Object abfordern. Wie das „geben“ im Sachsenspiegel, ⁹⁾ so bezeichnet auch das „vorgeben“ und „laten“ in unsern obigen Rechtsquellen sowohl die lucrative als onerose Veräußerung; und daß Bunge hier mit Unrecht unter „vorgeben“ nur eine unentgeltliche versteht, geht hervor, wenn man bedenkt, daß demnach „eine Vergebung nicht ane nodt“ (also etwa Schenkung aus Noth), was einerseits überhaupt keinen Sinn hat, andererseits kaum gelehlich sanctionirt werden könnte, gestattet sein müßte. Was die Idee der Anbieterspflicht im Falle der „Noth“ betrifft, so ist sie auch sonst dem deutschen Rechte nicht fremd gewesen, wie z. B. solches deutlich aus dem Wormser Dienstrecht spricht: ¹⁰⁾ „si quis „praedium in hereditatem acceperit, et in paupertatem incidit, et ex hac necessitate hereditatem vendere voluerit, „prius proximis heredibus cum testimonio proponat ad emendum.“ Auch der Lemfelder Mantagschluß 1523 schreibt für den Fall „echter Noth“ die vorgängige Beantragung des Verkaufs an die übrigen verbündeten Gnadenbesitzer vor.

Endlich konnte selbst im 18. Jahrhundert im Ralkuhnenischen Concurse (also in „echter nodt“) von einem Blutsfreunde mit Erfolg ein Näherrecht geltend gemacht werden. ¹¹⁾ Wie sollte auch den Erben ein Widerspruchsrecht zustehn können, wenn beim Verkaufe, der doch in echter Noth an sich gültig

9) Sachsenspiegel I. 52. § 2. (Weiske).

10) Schannat hist. episc. Wormat Cod. prob. p. 45. Art. 2.

11) E. Bunge: curl. Priv. R. § 173. Not. e.

und erlaubt war, nicht Etwas — das Angebot — versäumt worden wäre? Wenn Cap. 66 dieser Anbietungspflicht nicht ausdrücklich erwähnt, so geschieht es wol, weil dieselbe ganz selbstverständlich der Berechtigung zu „Widersprechen“ zu Grunde liegt. Auch mußte doch der neue Erwerber ein Mittel haben, sich sofort den Besitz des von einem in bedrängter Lage sich Befindenden erstandenen Lehnsguts sichern zu können, und nicht lange Zeit hindurch in vollkommener Ungewißheit und Vermögensgefahr schweben zu müssen; — ein solches wurde ihm durch den Nachweis vorangegangenen Angebots an die Blutsfreunde gewährt. Es gestalten sich nach Obigem unserer Ansicht nach die Rechte der nächsten Intestaterben folgendermaßen: Hatte ohne Einwilligung derselben, dem ausdrücklichen Gebote des Gesetzes zuwider, die Veräußerung eines Erbguts stattgefunden, so stand den Erben in jedem Falle (sowohl bei entgeltlicher als unentgeltlicher) ein Unterwindungs- und Widerspruchrecht zu. (Denn bei einer entgeltlichen Veräußerung hatte doch nur der Verkäufer einen Vortheil, nicht die Erben. Und welche Garantie war ihnen denn geboten, daß dieser Kaufschilling ihnen wirklich einst zukommen würde?) Waren keine lehnfähigen Erben vorhanden, so fiel natürlich diese Beschränkung der Veräußerungsberechtigung fort, die aber auch durch Einholung des Consenses Sener und Verzicht auf ihre Rechte beseitigt werden konnte.¹²⁾

Noch eine dritte Möglichkeit, sein Lehnsgut trotz lebender Intestaterben zu alieniren, war aber vorhanden: wenn der betreffende Lehnsträger sich im Stande der „Noth“ befand, d. h. wenn seine physische oder bürgerliche Existenz durch Gefängniß, Sequester oder Armuth (Concurs) in Frage gestellt wurde, und er sich nur durch Veräußerung des Lehns aus seiner Bedrängniß

12) Wald. Erbh. R. Art. 19. 23. — Alt. Ritter R. Art. 27. 34. — Mittl. Ritter R. Cap. 35 f. 61. 66.

retten könnte.¹³⁾ Unter solchen Umständen brauchte die Einwilligung der Erben nicht eingeholt zu werden, und könnte das ererbte Grundstück, nachdem es zuvor jenen zum Kauf resp. zum Pfand angetragen worden, frei veräußert werden.¹⁴⁾

War hiebei die vom Richter anberaumte oder von den Erben begehrte Frist unbenutzt verstrichen, so galt das Stillschweigen als Verzicht, und das Näherrecht war praeccludirt.¹⁵⁾ War dagegen das Angebot versäumt worden, oder waren die Erben minderjährig, so konnten sie das veräußerte Lehn, im ersteren Falle vom Augenblicke der Veräußerung, im zweiten vom Momente erlangter Mündigkeit gerechnet, in Jahr und Tag von jedem dritten Besitzer gegen Erstattung des Kauf- resp. Pfandschillings retrahiren.¹⁶⁾ Erst wenn diese Zeit vergangen, erlangte der neue Erwerber, der unangefochten auf dem Lehn gute geseffen, die „rechte Gewere“, so daß ihn sein Eid gegen jeden ferneren Anspruch schützen konnte.¹⁷⁾

Während das Waldemar-Erich'sche Lehnrecht und das Aelt. livl. Ritterrecht noch keine Repräsentation bei der Succession kennen,¹⁸⁾ wurde durch das Mittlere Ritterrecht,¹⁹⁾ nachdem die früheren näherrechtlichen Bestimmungen unverändert auch in dieses übergegangen, doch der zum Erbfolge, also auch Erblosung, berufene Personenkreis erweitert, und sowohl dem Groß-

13) Wald.-Erich. L.-R. Art. 23. — Aelt. R.-R. Art. 34. — mittl. R.-R. Cap. 66.

14) Vergl. Wald.-Erich. L.-R. Art. 2. — Mittl. R.-R. Cap. 8. — Aelt. R.-R. Art. 10.

15) Vergl. Bunge: liv.-estl. Priv.-R. § 181. — Gerber: Syst. d. deutsch. R.-R. § 127. — Wald. Erich L.-R. Art. 3. Aelt. R.-R. Art. 12 — Mittl. R.-R. Cap. 10, 25. 50.

16) Wald.-Erich L.-R. Art. 23. — Aelt. R.-R. Art. 34, 35. — Mittl. R.-R. Cap. 66.

17) Wald.-Erich. L.-R. Art. 5. — Mittl. R.-R. Cap. 4.

18) Vergl. Wald.-Erich. L.-R. Art. 23. Aelt. R.-R. Art. 34, 35. — Mittl. R.-R. Cap. 66.

19) Mittl. R.-R. Cap. 11, 14.

sohne jure repraesentationis, als auch dem abgetheilten Sohne nach geschehener Collation des Vorausempfängenen, die Concurrency im Nachlasse des Großvaters resp. Vaters gestattet.²⁰⁾

Da ferner die Rechte der nächsten Erben der Natur der Sache gemäß mit der Lehnfolge gleichen Schritt halten mußten, diese aber im Laufe der Zeit sich immer mehr erweiterte, und dem Allodialerbrechte sich näherte, konnte es auch nicht ausbleiben, daß die Rechte der Intestaterben, ihren lehnrechtlichen Charakter verlierend, eine Umgestaltung erlitten. Es geht aus dem Entwicklungsgange des Erbfolgerechts der Vasallen im Lehnsgute unbedingt hervor, daß nunmehr zu Ende dieses Zeitraumes nicht nur die gesammte Descendenz des Veräußerers eines im Erbganze gebliebenen Gutes, sondern eventuell auch dessen Blutsfreunde in der Seitenlinie, Agnaten und Cognaten, sofern sie vom ersten Erwerber, in der männlichen oder fräulichen Linie abstammten, zur Erblosung nach der Gnadenerbfolgeordnung berufen waren.

Fraglich ist hierbei, ob das Widerspruchs- resp. Näherrecht nur den nächsten, oder im Falle des Verzichts von Seiten dieser auch den entfernteren Erben eingeräumt war.²¹⁾ Wir glauben, auf das sächsische Landrecht und die späteren einheimischen Rechtsquellen uns stützend, unbedingt das Erstere annehmen zu müssen. — Obgleich sich weder in den Gnadenerbfurkunden noch sonst in welchen Rechtsdenkmälern aus der Ordenszeit Spuren von einer Beschränkung der durch die Lehn- und Ritterrechte den Blutsfreunden eingeräumten Befugnisse finden, ist doch im Hinblick auf die Rechtsbücher der nächsten Periode und den Entwicklungsgang in Deutschland vorauszusetzen, ²²⁾ daß an Stelle

20) Vgl. Sachsenspiegel. I Art. 5 § 1. — I Art. 12 § 1.

21) Vgl. Gerber: Syst. d. P.-R. § 81. — Pilt. Stat. Th. lit. 8. § 1. — Verschau: L.-R. (1644) Th. II. B. II. Gl. 3. L. 7. Art. 3.

22) Vgl. Gerber: Syst. d. P.-R. § 175. — Eichhorn: St. u. R.-G. § 571. — Pilt. Stat. Th. II. lit. 8 § 1.

des bei willkürlicher entgeltlicher Veräußerung den Erben zustehenden strengen Vindicationsrechts, allmählig das Näherrecht getreten war, ohne daß jedoch jenes auch für unentgeltliche außer Gebrauch kam. Dafür spricht auch der Umstand, daß des Falls der „ächten Noth“ nicht mehr Erwähnung geschieht; ob der Verkauf des Erbguts durch Noth veranlaßt worden, oder willkürlich vorgenommen wurde, — es machte eben in Betreff der den Erben zustehenden Rechte keinen Unterschied mehr.

In dieser Form haben sich denn auch die die Veräußerung eines ererbten Landguts beschränkenden Befugnisse der nächsten Blutsverwandten bis jetzt in Livland erhalten,²³⁾ während sie sich ganz anders in Curland, wo mit den Statuten römisches Recht eindrang, gestalten mußten, und ein diesem entgegengesetztes Schicksal im Stifte Pilten erfuhren. — Wir zählen zum Schluß dieses Capitels deshalb nicht wie bei den andern nochmals in Kürze die Hauptcharakterzüge des resp. Erbgutes auf, weil dabei erstens, da das Erbgut der älteren Ordenszeit von dem durch die Gnadenrechte modificirten streng zu scheiden ist, keine Einheit zu erzielen möglich ist, und zweitens weil das Erbgut der Ordens- und bischöflichen Zeit bei der Interpretation der Art. 1874, 2002, 2530 Bd. III. des Provinzialrechts weniger und nur mittelbar in Betracht kommt.

§ 3.

Das Erbgut in Curland seit 1561.

Wie weit die eventuelle Erbgutsqualität der Landgüter zur Ordenszeit in die Rechtsquellen der herzoglichen übergegangen, ist streitig und hängt von der Auslegung des Art. 6 des Priv.

23) Pr.-R. Bd. III. Art. 961, 962, 1917.

Gotthar. 1) ab, der neben den curländischen Statuten und der Gerichtspraxis in obiger Frage hauptsächlich in Betracht kommt.

Schon neun Jahre früher, 1561, war durch das Privilegium Sigism. Aug. das Verhältniß der Vasallen zum Lehnsherrn festgestellt, 2) und ersteren diesem gegenüber so gut wie vollkommen freie Hand in der Verfügung über ihre Lehengüter gewährt worden.

Wenn Neumann 3) in dieser Modificationsurkunde zugleich eine Aufhebung der durch Familienrechte begründeten Veräußerungsbeschränkungen sieht, so geht er, wie Bunge richtig bemerkt, 4) offenbar zu weit, da die Alienationsfreiheit bloß eine Aufhebung des jus caduci des Landesherrn als solchen, nicht aber einer eventuellen Erbgutsqualität bezwecken sollte.

Daß auch letztere in der Praxis, aber erst allmählig, eingeschränkt wurde, ist freilich wahr und wird weiter unten erörtert werden.

Zu bemerken ist hier, daß es wie in der angestammten Periode, so auch in der herzoglichen und gegenwärtig in Curland durchaus nicht zweifelhaft ist, daß nur Immobilien Erbgutseigenschaft haben können. 5)

Der Art. 6 des Privil. Gotthard Kettlers vom 20. Juni 1570 lautet: 6) „Ob es wohl bei der Vorfahren Zeiten in diesem Fürstenthum besage der Lehnrechte mit den Landgütern gehalten worden, so ist doch jegliches von der Königl. Majestät höchstgedacht, sowohl aus Begnadigung und Zulass von Uns solches

1) 1570 Privil. Gotthard. Art. VI. (Ziegenh. StR. Beil. Nr. 76.)

2) 1561 Privil. Sigism. Aug. Art. VII. (Ziegenh. StR. Beil. 53.)

3) Neumann: Curl. Erbrecht S. 111.

4) Bunge: Curl. P.-R. § 109. not. b.

5) Siehe unten Urtheil in der Brinken-Malujewsch. Legatariensache S. 62 ff.

6) Vgl. Neumann in den Theor. pract. Erörterungen III. S. 301 ff. — Ziegenhorn: StR., Beilage 76.

aufgehoben, und der Ritterschaft als denjenigen, so mit in gleicher Dienst und Freiheit sitzen, die Freiheit der Gnaden mildiglich gegeben und mitgetheilt, daß jeder Lehnsträger, der nicht Leibeserben hat, mit denselben möge disponiren, seines Gefallens zu versehen, zu verpfänden, zu alieniren, zu verkaufen, zu vergeben, im Testament zu verschreiben, und wo solches beim Leben nicht geschehe, daß nichts weniger das nächste Blut, männlichen und weiblichen Geschlechts, ab intestato sollte succediren und erbfähig sein; jedoch daß in alle Wege in gleichem Grade der Blutsverwandniß die Schwertseite zu den liegenden Gründen den Vorzug habe, und die Spillseite nach Billigkeit mit Gelde ablege, und dasselbe darum, damit die Geschlechter bei Würden und guter Habseligkeit bleiben und erhalten werden möchten, wann aber in einem Erbfall die Spillseite eines oder mehr Grads näher ist, so geneuße dieselbe die Begnadigung an den Gütern, vor denen Agnaten der Schwertseite in weiterm Grade. Die Geschlechter aber, so die sammende Hand und dieselbe gehörige Güter haben oder kräftiglich unter sich bewilligen würden, welche Verwilligung ihnen frei und ungehindert sein solle, können oder mögen ohne Consens der Agnaten obgeregtermaßen mit den Gütern nicht gebahren; sonderu sollen es mit der Succession und Verordnung halten, wie sammende Handgüterrecht und Gewohnheit ist."

"Bei obgemeldeten Privilegien der Gnad und sammende Hand wollen Wir hinfüro einen Verdrungenen schützen und handhaben. Was Wir aber an neuen Lehn Zeit unserer Regierung nach dem Privilegio, damit die Königl. Majestät zu Pohlen, die Ritterschaft dieser Lande insgemein, da Wir Uns sämttlich der Königl. Majestät subjicirt, begnadigt, vergeben, oder nachmahlen, Unserer Gelegenheit nach verleihen möchten, daran hat der Lehnträger nichts weiter zu genießen, oder sich zu erfreun, als was seine Investitur, Verlehnung, und Handfeste in sich begreift und außweiset."

„Was die wohlgewonnene und erworbene Güter anlangt, mit denselben ist nach gemeinen Rechten ein jeder befugt zu thun und zu lassen seines Gefallens.“

Indem jeder Lehnsträger (natürlich in den alten Ordenslehn) hiemit die Befugniß erhielt, falls er keine Leibeserben, also Descendenten, hatte, mit seinen (ererbten, denn von erworbenen ist später die Rede) Landgütern sowohl bei Lebzeiten als für den Todesfall nach Belieben zu verfügen, wurde einerseits der zur Erblosung bisher berufene Verwandtenkreis verringert, andererseits, indem die Vererbung in den Seitenlinien nunmehr zu einer unbegrenzten wurde, wie im Priv. Sig., nochmals das Heimfallen der Lehn an den Landesherrn beschränkt, und fast unmöglich gemacht. ⁷⁾ Dieses Recht hatte aber der Lehnsträger, wie durch ein *argumentum a contrario* sich klar ergiebt, und wie es in Erinnerung an die althergebrachten Bestimmungen auch sein mußte, nicht, wenn Erben, und zwar jetzt nur noch Leibeserben, am Leben waren.

Im Gegensatz zu diesen (ererbten) Landgütern kommen bei den wohlgewonnenen und erworbenen natürlich keine irgendwie die Disposition beschränkenden Rechte der Intestaterben in Betracht, und hat der jedesmalige Eigenthümer in ihnen freie Hand.

Für diese unsere Annahme, daß Art. 6 des Priv. Gotth., demnach nicht eine Aufhebung, sondern vielmehr eine wenn auch modificirende Bestätigung des in Curland bisher geltenden Rechts der nächsten Erben enthält, führen wir, abgesehen von dem unserer Ansicht nach durchaus deutlichen Wortlaut des Art. 6, noch Folgendes an: Erstens erhellt aus dem vorhergehenden, fünften Art., der Geist und die ganze leitende Idee des Priv. Gotth.: ⁸⁾ „es sollten die alten Privilegia, Gewohnheiten und löblichen Gebräuche (also auch die Erblosung, zumal sie bis in's XVII saec. auch in Deutschland unbedingt Geltung hatte) ⁹⁾ unverrückt er-

7) Priv. Sig. Aug. 1560: Art. VII. C. 12.

8) Priv. Gotth. Art. 5 (Ziegenhorn R.-R. Beil. 76).

9) Eichhorn: St. und R.-G. § 571.

halten werden.“ Ferner findet sich in der curländischen Gerichtspraxis die Erblosigkeit noch 1728, ¹⁰⁾ was unmöglich gewesen wäre, wenn sie schon im XVI. saec. durch Privileg. Gotth. aufgehoben worden. — Ganz anders wird Art. 6. von Neumann im 3. Bande der Erörterungen interpretirt, und auch Bunge schließt sich ihm an. ¹¹⁾

Da sich nun auch das Oberhofgericht in seinem in der Brinden-Walujewschen Legatariensache gefällten Urtheile ähnlich darüber ausspricht, und ebenfalls eine auf einem *argumentum a contrario* (S. S. 62 ff) beruhende Schlußfolgerung, wie auch die Annahme, daß im fraglichen Artikel eine Veräußerungsbeschränkung in Betreff des Erbguts enthalten, perhorrescirt, glauben wir Neumann's Commentar zum Art. 6 (Erörterungen III. S. 301) einer Besprechung unterziehen zu müssen.

Ueber die Stelle: „daß jeder Lehnsträger der nicht Leibeserben — verschreiben“ sagt Neumann Folgendes: ¹²⁾ wenn man hier durch ein *argumentum e contrario*, das überhaupt mißlich ist, hat finden wollen, daß ein Gutsbesitzer der Leibeserben hat, mehr oder weniger in der Testamentifaction über sein Gut behindert sei, so müßte man auch alle andern aufgezählten Dispositions- und Alienationsbefugnisse beim Vorhandensein von Erben benehmen, — so weit aber geht kein curländischer Jurist, daß er dem Vater das Recht, sein Gut zu verkaufen oder zu beschulden (sic) nähme.“

Wir geben gerne zu, daß ein durch's *argumentum a contrario* gezogene Schlußfolgerung leicht trüglisch ist, zumal, wenn sie zu sonst ganz unbekannten und überraschenden Resultaten führt; etwas Anderes ist es aber, wenn man auch sonst aus der Fortsetzung der betreffenden, und allen frühern Quellen zu den-

10) Bunge: Curl. R.-R. § 173. Note e.

11) Neumann: Erörter. III S. 301-340. — Bunge: Curl. R.-R. § 108. Note d.

12) Neumann: Erört. III. S. 309.

selben kommen muß, und sie auch in der Gerichtspraxis sich uns öfters aufdrängen.

Neumann übersieht erstens, daß an dieser Stelle nur das Erbgut ins Auge gefaßt wird, denn von den wohlgewonnenen Landgütern ist besonders die Rede; zweitens ist von einem Verschuldungsverbote im qu. Art. überhaupt keine Spur zu finden, und bezeichnet, bei dem bekannten Pleonasmus der damaligen Zeit, das „verpfänden“ und „verseßen“ nur ein und dieselbe Veräußerungsart, die alte *Sagung*, aber nie eine Schuldbelastung des Gutes. — Daß die Erben damals aber wie die entgeltliche („verpfänden, verseßen, alieniren, verkaufen“) so die unentgeltliche („vergeben“) Veräußerung oder Verschreibung des Erbguts durch Nacherrecht resp. *Vindication* hindern konnten ist aus der vorigen Periode bekannt, und durchaus nicht in Frage zu stellen. ¹³⁾

Wenn Neumann annimmt, daß durch den Art. 6 des Priv. Gotth. bloß das Verhältniß des Lehnsherrn zu den Vasallen, nicht aber auch die privatrechtlichen (erbrechtlichen) Bestimmungen für letztere geregelt werden sollten, so wird er durch den die gesammte Hand (doch ein privatrechtliches Institut) betreffenden Passus „die Geschlechter aber — Gewohnheit ist“ genügsam widerlegt. ¹⁴⁾

Aus „und wo solches — erbfähig sein“ motivirt Neumann seine obige Behauptung: „von kinderlosen Vasallen allein ist hier die Rede, weil die beerbten schon wegen des ihnen zustehenden Vererbungsrechts auf männliche Nachkommen und später erlangten *jus gratiae* an sich sicher gestellt waren.“

Neumann vergißt, daß das *jus gratiae* durchaus nicht bloß darin bestand, daß die weibliche Descendenz, sondern auch agnatische und cognatische Collateralen erbberichtigt wurden, und es daher bei der Gnadenerbfolge ganz gleichgültig ist, ob der resp.

13) Vrgl. Urtheil über *Kalkuhn*. *Concurß* S. 62.

14) Neumann: *Erört.* III. S. 310.

Lehnsträger Leibeserben hat oder nicht, wenn nur überhaupt Verwandte am Leben sind. So waren denn die bloß „finderlosen“ Lehnleute durch's *jus gratiae* ebenso „sicher gestellt“ wie die Familienväter. Unserer Ansicht nach enthält eben die fragliche Stelle nur die Bestätigung und Erweiterung der alten Gnadenerbfolge (deren factischen nicht aber rechtlichen Besitz die curländischen Lehnsmannen schon früher hatten), indem nunmehr die Beschränkung der Succession bis zur 5ten Parentel der Collaterallinien aufgehoben ward.

„Was die wohlgewonnenen — Gefallens“ heißt es zum Schluß im Art. 6. Neumann¹⁵⁾ hat in diesem Passus einen Gegensatz zu den neu zu vergebenden Lehn (in Erb.-R. S. 116 sogar zu den Gesamthandgütern) sehn wollen, und also alle bis 1561 verliehenen Güter (inclus. die eventuellen Erbgüter) darunter verstanden. Wenn aber hinsichtlich dieser aufs gemeine deutsche Recht verwiesen wird, wo damals die Erblosung noch practisch war, so würde damit gerade Gegentheil von dem, was Neumann in Betreff dieser Güter aus „daß jeder Lehnsträger, der nicht u.“ gefolgert, gesagt sein.

Somit glauben wir unsere Interpretation des Art. 6 begründet und nachgewiesen zu haben, daß von „wohlgewonnenen“ Gütern im Gegensatz zu den zuerst gemeinten ererbten gesprochen wird, auch daß der Art. 6 nicht allein auf das Verhältniß der Vasallen zum Lehnsherrn zu beziehen, sondern auch als Quelle (als welche es auch im Prov.-Recht, Bd. III. Art. 1874 gilt) für das Erbgut der herzoglichen Zeit zu betrachten ist. Auffallend ist es, daß im Privil. Gotth. nur der Descendenz („Leibeserben“) als zum Widerspruchs- und Näherrechte befugt gedacht wird, was gegen alle Tradition und frühere Gesetzesbestimmung war. Blase¹⁶⁾ erklärte es dahin, daß wie in Deutsch-

15) Neumann: Grörl. III. S. 331. — Unsere Ansicht theilt Seraphim: „Nothverbenrecht“ S. 15.

16) Blase: Näherrecht nach curl. und pilt. Land-R. § 49.

land das römische Recht auf die altgermanischen Institute beschränkend und derogirend wirkte, so auch die praesumptiven Verfasser dieses Privil. Gotthardi, v. Gillesheim oder Salomon Henning, beides römische Rechtsgelehrte, das gegen die Grundsätze der freien Veräußerlichkeit, des Eigenthums anstreitende Institut der Erblosung zu beschränken geneigt waren.

Oder sollte der Ausdruck „Leibeserben“ im Art. 6 unpraecise gebraucht, und überhaupt die nächsten Intestaterben gemeint worden sein? Für dies würde der Gerichtsbrauch sprechen, wonach im Ralkuhnnenschen Concurse (S. unten S. 48) einen cognatischen Blutsfreunde das Näherrecht zugestanden wurde.¹⁷⁾ (Wir glauben etwa, daß der dort vorkommende Ausdruck „abstammende Freund“ nicht sowohl einen Descendenten, als vielmehr einen „gemeinsam abstammenden Freund“, d. h. von demselben Stammvater abstammenden Blutsverwandten bezeichnet, denn sonst hätte ja in demselben Concurse nicht ein „Stammvetter“ als Concurrent aufzutreten gewagt.)

Wir kommen zu den curländischen Statuten des Jahres 1617: Wenn das römische Recht gewiß auch schon früher als subsidiäres Recht Eingang gefunden, und aus den beiden Privilegien, Sigismundi und Gotthardi zu schließen ist,¹⁸⁾ daß es in Curland nicht unbekannt gewesen, so gelangte es fast vollkommen zur Geltung (wenigstens theoretisch) erst in den curländischen Statuten, da die Verfasser derselben Polen, demnach mit dem römischen Recht entschieden vertrauter als mit den livländischen Quellen waren, und oft willkürlich verfahren selbst polnisches Recht einzumischen versuchten.¹⁹⁾

Ein ähnliches Streben, das römische Recht immer mehr

17) Bunge: curl. FR. § 173 Not. e.

18) Privil. Sigism. Aug. Aug. Art. XIII. — Privil. Gotth. Art. 11.

19) Ziegenhorn: Staatsrecht 1c § 529.

heranzuziehn, findet sich nach Eichhorn²⁰⁾ bei den gelehrten Juristen der damaligen Zeit auch in Deutschland.

Zieht man dabei in Erwägung, daß die curländische Ritterschaft, nachdem sie schon auf dem Landtage zu Mitau 1570 mit dem Herzoge sich dahin vereinigt hatte,²¹⁾ daß „aus allen löblichen Landrechten und Gewohnheiten, so in Harrien, Bierland, dem Erzstift, und auch in diesem Fürstenthume in Ritter- und Lehnrechten in der Vorfahren Zeiten in Gebrauch und Übung gewesen, und (nur) wo dieselben nicht zureichten, aus gemeinen Rechten ein Rechtsbuch zusammengetragen werde“, auf dem Landtage zu Auß 1615 sich entschloß, den König von Polen um die Erlaubniß zu bitten, die eng ans alte angestammte Recht sich lehrenden Piltenschen Statuten recipiren zu dürfen, dieselbe Ritterschaft auch sonst stets ihre Vorliebe für das einheimische Recht geäußert hatte, und nun 1617 plötzlich mit dem römischen Rechte beglückt wurde, so wird es verständlich, wie längere Zeit hindurch dieses durchaus nicht in dem Umfange in der Praxis geübt wurde, wie solches aus dem Inhalte der Statuten gefolgert werden könnte. Diese hoben die bei der Veräußerung von Erbgut in Betracht kommenden Näherrechte der Blutsfreunde auf, und trotzdem lautet noch über hundert Jahre später (freilich als letztes Erscheinen der Erblosung) der Oberhofgerichtsbescheid in der Kalkuhnenischen Concursache (1728): „weilen der Wohlgeb. v. Stromberg als ein notorischer Cognatus des communis debitoris dasselbe Quantum, was der Wohlgeb. v. Witten licitiret, für die Kalkuhnenischen Güter mitgeboten, und hier in diesen Herzogthümern allezeit auf abstammende Freunde reflectiret, auch deren Conservation befördert worden, so werden die Kalkuhnenischen Güter dem Wohlgeb. v. Stromberg erb- und eigenthümlich adjudiciret und zuerkannt.“

20) Eichhorn: Staats- und Rechtsgesch. III. § 442 f.

21) Brgl. v. Kummel: acta commissionis de a. 1617 Vorwort S. 26 f.

(Später praetendirt ein Fölkersahm als Stammvetter das Näherrecht (offenbar auch ein näherer Verwandter als Stromberg), wird aber abgewiesen, weil er es „post adjudicationem der Kalk. Güter an Stromberg“ gethan.)

Wenn daher Neumann, ²²⁾ der mit Recht die Erblosung heute für antiquirt hält, in den „Erörterungen, Bnd. III, sagen konnte, daß der blutsverwandtschaftliche Retract in Curland überhaupt nie practisch gewesen, so dürfte er zu weit gehn obgleich freilich anzunehmen ist, daß er auch im XVI. und XVII. Jahrhundert selten genug vorgekommen. ²³⁾

Die neuere Praxis hat sich jedenfalls strict gegen das Näherrecht ausgesprochen, indem sie jede Berufung auf die alten Rechtsquellen, da mittlerweile andere gezeigliche Bestimmungen geltend geworden, verwarf, und jenes Recht nur bei Gesamthandgütern für in Betracht kommend erklärte. ²⁴⁾

Nur G. v. Engelhardt scheint die Erblosung in seinem „Beitrag zur Beantwortung der Frage: gehn die vor 1561 geltend gewesenen deutschen Rechte dem römischen Codex vor, oder stehn sie demselben nach?“ noch für practisch zu halten. ²⁵⁾

Wie wenig die curländischen Statuten den einheimischen Rechtsnormen und der Anforderung der Zeit entsprechen, ²⁶⁾ sehen wir daraus, daß die Ritterschaft zu wiederholten Malen auf den nächsten, nach Codification der Statuten gehaltenen, Landtagen Anträge wegen Vervollständigung derselben gemacht, und so 1649 der Derjschause Landrechtsentwurf zu Stande kam. ²⁷⁾ Da nun dieser Entwurf nie Gesetzeskraft erlangt, und demnach gegenwärtig

22) Neum. Erört. III. S. 334.

23) Vgl. Funge: curl. PR. § 173 und Not. h.

24) Vgl. Rietinghof-Ganzkowsk'se Sache in Erörter. V — Neumann: Grs.-R. S. 112.

25) Engelhardt: Beitrag 1c. (Mitau 1817) § 26.

26) Vgl. Madai: Erörterungen, I. S. 241.

27) Funge: Einleitung 1c. § 94. — Ziegenhorn: StR. §§ 128. 144; Beil. 166.

tig keine practische Bedeutung hat, beschränken wir uns hier darauf hinzuweisen, daß er die Vorrechte der nächsten Erben, sowie die Anbieterspflicht des Veräußerers wieder sanctionirt,²⁸⁾ zumal die in den Statuten in dieser Hinsicht vorgenommenen Modificationen dem Rechtsbewußtsein zuwider, und die alten Normen trotz der derogirenden Bestimmungen der Statuten fortwährend in Anwendung geblieben waren. — Wie wir oben gesehen, verbietet Art. 6 des Priv. Gotth. die Testamentifaction über Erbgüter.

Wie weit haben sich nun diese Bestimmungen bis zur Jetztzeit erhalten?

Selbst Bunge, der sich unserer Auslegung des Art. 6 nicht anschließt, sagt doch in seinem curl. Privatrecht, daß in Betreff der von Ascendenten ererbten Landgüter der Grundsatz des Verbots der Testirung beim Indigenatsadel in Curland stets, und zwar ohne Zweifel auf Grundlage des ältern Rechts, anerkannt worden. (Weßwegen Bunge hier den Begriff der Erbgüter auf bloß von Ascendenten stammende beschränkt, zumal die einzige Quelle dafür der Art. 6 wäre, er diesen aber, wie oben gezeigt, nicht als solche gelten lassen will, ist uns unklar.)

Dasselbe spricht auch das Oberhofgericht in seinem in der Brinden-Walujewschén Sache gefällten Urtheile aus,²⁹⁾ daß wir, da in demselben die hierbei in Betracht kommenden §§ 172 und 173 der curländischen Statuten einer genauen Besprechung und Interpretation unterzogen werden, und da aus dem Bescheide erhellt, wie bis 1864, bis zur Codification des Privatrechts, die Praxis zu unserer Frage gestanden, hier wiedergeben wollen.

Zunächst der Wortlaut der § 172 u. 173 der curl. Statuten.
§ 172: „liberi quoque, si sine liberis descesserint, testamento suo parentes suos excludere non possunt, sed dimi-

28) Derschau. Land-R. Th. II. B. 2 Gl. 3. Tit. 7. Art. 3.

29) Neumann: Erb R. S. 118 ff.

diam partem illis, fratribus, vel nepotibus ex illis alteram (partem) semissem relinquere tenebuntur;“

§ 173: „quodsi vero nec fratres nec sorores, aut horum harumque liberos relinquerint, parentibus omnia permittere debent, solis legatis ad pias causas exceptis, quae tamen legata semissem hereditatis excedere non oportet.“

In der Sache der Legatarien des Fräulein v. d. Brindlen contra Frau v. Balujew, geb. v. d. Brindlen, erließ das Oberhofgericht (7. April 1825) folgenden, darauf (6. April 1835) vom Reichsrath bestätigten Bescheid: ³⁰⁾ (Wir theilen den Wortlaut desselben nur soweit mit, als er hier hineingehört): „Demnach kommt es hier, nach Beseitigung des von den streitenden Theilen darüber erhobenen Disputes: ob die in den §§ 172 und 173 enthaltenen gesetzlichen Vorschriften zweckmäßig oder unzweckmäßig, rationel oder irrationel sind, da dieser Streit für die hier zu entscheidende Rechtsfrage auch nicht das geringste practische Interesse hat, zunächst auf die richtige Auslegung der gedachten beiden §§ an:

„Wenn hier nun Allem zuvor diejenige Kategorie der Gesetze, welcher das zu interpretirende angehört, festzustellen ist, so leuchtet es ein, daß in jedem der beiden §§ eine besondere Vorschrift enthalten ist, und zwar nicht sowohl um deswillen, weil in jedem derselben ein ganz besonderer Erbfall angeordnet wird, sondern weil sie gemäß der in l. 14, 15, 16 D. de legibus (l. 3.) gegebenen Definition des jus singulare, eine den streng juristischen Grundsätzen des natürlichen sowie des positiven gemeinen Rechts, desgleichen den hiesigen, die Disposition über das Eigenthum im Allgemeinen betreffenden Bestimmungen der Landesgesetze widersprechende Anordnung enthalten.

30) Neumann: Erb-R. S. 118 ff.

„Es gestalten nämlich der Art. 7 des Sigismundischen und „Art. 6 des Gotthardschen Privilegiums eine ganz uneingeschränkte „Disposition nicht allein, was unzweifelhaft ist, über das wohl- „erworbene, sondern auch über das ererbte Vermögen; wogegen „denn die erwähnten beiden §§ ohne etwa zwischen wohl-erwor- „benem, und ererbten zu unterscheiden, schlechthin die Verfügung „auf den Todesfall nicht allein beschränken, sondern durch § 172 „die testamenti factio sogar ganz und gar untersagt wird. Sol- „chem nach würde dann die Natur der fraglichen beiden §§ als „leges speciales keinem Zweifel unterworfen sein. Nun ist aber „jede *lex specialis vel singularis stricto* zu interpretiren und „schließt die ausdehnendere Erklärung unbedingt aus, [l. 14. D. „de leg. (I. 3)], woher denn auch solche auf die fraglichen bei- „den §§ nicht angewendet werden darf. In jedem derselben ist „von einem ganz verschiedenen Erbfall die Rede. In dem § 172 „wird die Concurrency der Eltern mit Geschwistern oder der letz- „tern Kindern vorausgesetzt, und in einem solchen Erbfall soll „das Testament des ledigen und kinderlosen Testators nur dann „rechtsbeständig sein, wenn durch dasselbe die eine Hälfte des „Vermögens den Eltern, die andere Hälfte den Geschwistern oder „deren Kindern zugetheilt wird. Nach dem im § 173 voraus- „gesetzten Erbfall sind nur Eltern und keine Geschwister noch „Geschwisterkinder vorhanden. In einem solchen Falle wird der „vorhin genannte Testator verpflichtet, den Eltern das ganze „Vermögen zu hinterlassen, jedoch unbeschadet der in Hinsicht „milder Stiftungen gestatteten Ausnahme. Der stricten Inter- „pretation der beiden §§ zu Folge werden Geschwister oder Ge- „schwisterkinder aus dem Testament eines ledigen und kinder- „losen Testators die Hälfte des Vermögens nur in dem einzigen „Falle fordern können, wenn sie mit den Eltern des Erblassers „concurriren sollten, da das Gesetz nur in diesem besondern und „ausdrücklich genannten Falle die Verbindlichkeit dem Testator „auflegt, seinen Geschwistern oder deren Kindern die Hälfte

„seines Vermögens zu hinterlassen. In jedem andern Falle
 „würde der Testator, rücksichtlich der Geschwister und Geschwister-
 „kinder sich nur an die gemeinrechtlichen Vorschriften zu halten
 „haben.

„Wollte man aber auch annehmen, daß bei einer *lex sin-*
gularis die *interpretatio extensiva* zulässig sei, so würde solche
 „in diesem Falle nicht stattfinden können, da in den beiden §§
 „weder die *ratio legis* noch die Absicht des Gesetzgebers aufzu-
 „finden ist, und bloße Conjecturen und Hypothesen den Man-
 „gel eines rechtsgnüglichen Beweises nicht zu ersetzen vermögen.

„Aber ererbtes Vermögen ist noch nicht schlechthin als
 „solches jeder Verfügung auf den Todesfall entzogen, und ist
 „dieser Grundsatz in dieser Allgemeinheit in keinem Gesetze aus-
 „gesprochen.

„Dieses ergibt sich gleichfalls aus Art. 6 Priv. Gotth.,
 „der als Cardinalgesetz für jenen Grundsatz angeführt wird,
 „und eine Anerkennung desselben enthalten soll. Enthielte auch
 „Art. 6 wirklich eine Beschränkung der Disposition über er-
 „erbtes Vermögen, so gilt dies unzweifelhaft nur für ererbtes
 „unbewegliches, da im ganzen Art. 6 nur die Rede von Grund-
 „stücken ist. Ähnliche Bestimmungen über ererbtes Vermögen
 „finden sich auch in den deutschen Rechtsbüchern: Niemand
 „dürfte über sein Erbgut ohne Einwilligung der Intestaterben
 „weder unter Lebenden noch auf den Todesfall verfügen. Unter
 „Erbgut wurden nur solche Grundstücke, die der Besitzer von
 „seinen Ascendenten geerbt, verstanden.³¹⁾ Ueber das erworbene
 „und bewegliche ererbte Vermögen durfte Jeder frei verfügen“

Gegenüber dieser Interpretation hat sich das Provinzial-
 recht im Art 2002 Bnd. III. mit Recht für eine andere ent-
 schieden.

In Bezug auf die im Oberhofgerichtsbescheide enthaltene

31) Anders Berber: Syst. d. P.-Rs. § 82. Vergl. S. 52. 37.

Auslegung des Art. 6 Priv. Gotth. verweisen wir oben S. 41, und wollen hier nur die §§ 172 und 173 der curl. Statuten behandeln:

Während das römische Recht ein Notherbenrecht nur in der linea recta kennt, und bloß bedingungsweise den Geschwistern einen Pflichttheil einräumt,³²⁾ wird, nachdem § 168 der curl. Stat. hinsichtlich dieser Frage auf das gemeine Recht und die querela inofficiosi testamenti verwiesen, noch ein neues Notherbenrecht für Geschwister und Geschwisterkinder in den §§ 172 und 173 statuiert. Wie kamen aber die polnischen Commissarien, als entschiedene Gönner des römischen Rechts, darauf, den Kreis der Notherben auf alle Personen auch der 2. Erbklasse zu erweitern, da solches ohne Frage dem Pandectenrecht widerspricht? Sollten sie wirklich geneigt gewesen sein Bestimmungen zu treffen, die in Curland, wo damals die Idee engen Familienverbandes noch die altdeutsche geblieben war, vielleicht gerne aufgenommen worden wären, für die sie selbst aber kein Verständniß haben konnten?

Die §§ haben offenbar eine andere Entstehungsurache: Dieselben enthalten wol weiter nichts, als eine modificirende Bearbeitung der alten Gesetzesbestimmungen über Erbgut, und durchaus nicht etwas den einheimischen Rechtsquellen Fremdes, wie das Oberhofgericht sagt. Und in Folge dessen stellen sich die §§ 172, 173 keineswegs als *leges speciales* dar, und fallen alle auf dieser Praemisse beruhenden Consequenzen des obigen Oberhofgerichtsbescheides fort. (Auffallend ist es, daß derselbe wol der alten deutschen Rechtsbücher gedenkt, die einheimischen aber ganz vergessen zu haben scheint). — So werden denn die Rechte der Intestaterben von den Commissarien in den Statuten durchaus nicht erweitert (wie es im ersten Augenblick zu

32) Vergl. Arndts: Lehrb. d. Pandecten §§ 591—605. — Prob.-R. III. Art. 2005 ff.

sein scheint), sondern müssen sich eine harte Schmälerung gefallen lassen: Die Erblosung wird abgeschafft, der die Testamentifaction hindernde Verwandtenkreis wird verringert; diese Beschränkung ganz aufheben, das konnten die Commissarien wenn es ihnen auch am guten Willen gewiß nicht gefehlt hat, freilich nicht.

Ob sie sich bei ihrer Entstellung und Corruption der provinziellen alten Rechtsquellen mit Absicht einer so unklaren Ausdrucksweise, wie wir sie auch sonst an vielen Stellen der commissorialischen Decisionen finden, bedient und befließigt haben, um dadurch möglicherweise eine allmälige Beseitigung der nicht in ihren Kram passenden Institute zu bewirken, lassen wir hier dahingestellt sein. Im hohen Grade interessant und geistreich ist die Interpretation des § 172, wie wir sie in F. Seraphim's „Nothervenrecht“ finden, der freilich zu ganz andern Resultaten gelangt, und den § 172 als einen sich unmittelbar an den § 168 anschließenden bloß auf den Pflichttheil resp. die Notherben bezogen wissen will. Wenn nun § 173 nicht ganz deutlich in den Worten „quodsi vero“ an den vorhergehenden anknüpfen würde, und etwa ganz fehlte, dann müßten auch wir unbedingt Seraphim's Auslegung beipflichten, so aber lassen die vielgenannten §§ 172 und 173 den verschiedenartigsten Interpretationen und auch unserer Raum. [Seraphim: Nothervenrecht §§ 7. 8. 9.]

Trotz der angefügten Begründung bleibt uns immerhin nicht recht verständlich, wie das Oberhofgericht bei seiner Interpretation der §§ 172 und 173 die Successionsberechtigung einiger Personen (der Geschwister und Geschwisterkinder) von der Existenz Anderer, mit ihnen concurrirender und derselben Erbklasse angehörender (der Eltern), abhängig machen konnte. Ohne auf den Sinn einzugehen, ist nur der Wortlaut berücksichtigt und auf diese Weise ein höchst fragwürdiges Resultat erzielt worden: Geschwister und Geschwisterkinder sollen nur bei Leb-

zeiten und nur in Concurrenz mit ihren und des Erblassers Eltern (resp. Großeltern) in des letztern Erbgütern Successionsansprüche haben! ³³⁾ Allenfalls denkbar wäre, daß obgleich nach gemeinem Recht Geschwister und Geschwisterkinder stets zugleich mit den Eltern erben, letztere, wie es particularrechtlich geschieht (z. B. in Estland), ³⁴⁾ vorgezogen würden, und allein die Erbgüter erhielten, nicht aber jenes. In keinem Falle, ob wir die Interpretation des Oberhofgerichts vom römischen Standpunkt, oder, wie es richtiger ist (da es sich um ein deutschrechtliches Institut handelt) von dem der heimischen Rechtsquellen betrachten, — in keinem Falle dürfte sie zu rechtfertigen sein. Auch das Prov.-Recht ist nicht ganz consequent gewesen ³⁵⁾: wenn es, wie auch wir thun, in jedem Falle Geschwister und Geschwisterkinder im Erbgute succediren läßt, mußte es dem Erblasser auch beim Vorhandensein dieser allein (ohne Concurrenz mit den Eltern) die Verfügung über die eine Hälfte seiner Erbgüter zum Besten milder Stiftungen gestatten. Denn warum sollten die Eltern, sonst eher besser situiert, in dieser Beziehung schlechter dran sein?

Es ergibt sich demnach aus den §§ 172, 173, daß in Curland über ererbte Immobilien beim Vorhandensein von Ascendenten, Descendenten, Geschwistern oder verstorbenen Geschwister Kindern nicht testirt werden darf, dieselben vielmehr dem Erbganze überlassen, und unter jene wie vorgeschrieben vertheilt werden müssen.

Erbgut ist aber (wie schon seit den Gnadenbriefen und zu Ende der Ordenszeit feststand, und auch jetzt in der Praxis feststeht) jedes Landgut, das beim Indigenatsadel Jemand von seinen Blutsfreunden der linea recta oder agnatischen oder cognatischen linea collateralis ab intestato überkommen hat. In Er-

33) Vrgl. Neumann: Erört. S. 336. ff.

34) Prov.-R. III. Art. 1921.

35) Prov.-R. III. Art. 2002.

mangelung von Erben der beiden ersten Klassen kann dieser dann über dies sein Erbgut testiren, das dadurch seine Erbgutsqualität einbüßt; thut er es nicht, sondern überläßt es wieder dem Erb-
gange, und es fällt ab intestato an seinen nächsten Blutsfreund (nach der Erbfolgeordnung), so bleibt die Erbgutsqualität nach wie vor bestehen, oder wird vielmehr neu gegründet.³⁶⁾ Jener muß das Landgut aber wiederum seinen Intestaterben der ersten oder zweiten Classe hinterlassen.

Zu weit geht Neumann,³⁷⁾ wenn er aus §§ 172, 173, folgernd behauptet, daß die Erbgutsqualität nur so lange bestehe, als das Gut ununterbrochen innerhalb der zwei ersten Erblassen ab intestato sich vererbe, daß demnach ein von einem Großonkel oder Vetter überkommenes altes Familiengut nicht als Erbgut zu betrachten sei, was sowohl mit dem deutsch. Privat-R., als dem Recht der Schwesterprovinzen im Widerspruch steht. Ebenso irrig ist seine Ansicht, daß ein Erbgut von Agnaten stammen müsse, und nur an solche vererbe. (Zugleich übersieht er hierbei daß auch Ascendenten Cognaten sein können). Ferner scheint er eine Verwechslung des Erbguts mit dem piltenschen Stammgute vorzunehmen. Wir verweisen hier bloß auf die durch die Gnadenrechte, das Priv. Sig. und Gotthar. bewirkte Zulassung auch der Cognaten zur Erbfolge, Erblosung u. s. w.³⁸⁾ Erst recht wird kein Unterschied zwischen agnatischen und cognatischen Verwandten in den curl. Statuten gemacht, und hat das Oberhofgericht in der Kalkuhnen'schen Concurssache sogar ganz striet das Näherrecht eines Cognaten anerkannt.³⁹⁾

36) B. III. Prov.-R. Art. 1880.

37) Neumann: Erörter. III. S. 338, 339. — Vgl. Bunge: curl. P.-R. § 269 Note i. S. Prov.-R. III. Art. 960. — Gerber: Deut. Pr.-R. § 82. — Vgl. Seraphim: Nothherbenrecht S. 13, S. 16 und 21.

38) Priv.-Gotth. Art. 6. — Priv.-Sig. 7, 10.

39) Bunge: curl. P.-R. § 173, Note e.

Uneins sind Bunge und Neumann⁴⁰⁾ in Bezug auf die Frage, ob ein Landgut ab intestato sich vererben müsse, um Erbgutsqualität zu erlangen, oder auch ex testamento zufallen könne? Bunge vertritt erstere Ansicht, Neumann ist Anhänger der letztern. Für den einen sprechen die Bestimmungen über Erbgut in Einland und Estland, für den andern das deutsche Privatrecht der Jetztzeit.⁴¹⁾

Wir glauben Bunge beipflichten zu müssen: vermacht Jemand sein Erbgut etwa seinem Geschwisterkinde (dem nächsten lebenden Verwandten), so kommt diese letztwillige Verfügung gar nicht in Betracht, und jener gründet seine Ansprüche nicht auf's Testament (denn über Erbgut darf nicht testirt werden) sondern auf sein Intestaterbrecht. Sind aber keine Intestaterben der beiden ersten Klassen am Leben, so ist es gleichgültig, zu wessen Gunsten über das Erbgut verfügt wird (wenn dies überhaupt geschieht), ob zu eines ganz entfernten Verwandten oder eines fremden, und kann wegen dieser Indifferenz doch nicht das eine Mal Erbgutsqualität begründet werden, das andere Mal nicht.

Bei der Succession im Erbgut concurriren stets beide Geschlechter, wenn auch eventuell nicht zu gleichen Theilen, jedoch hat das männliche den Vorzug im Naturalbesitz.⁴²⁾

Ob Adoptivkinder nur kraft Vertrags mit den Intestaterben oder ipso jure succediren (in Erbgütern) ist fraglich. Die curl. Statuten schweigen darüber; Bunge nimmt ersteres nur für die Stammgüter in Piltten an.⁴³⁾ Da es aber sowohl in der Praxis als Theorie unbestritten feststeht, daß weder das pil-

40) Bunge: curl. P.-R. § 269 Note i. — Neumann, Erörter. III. S. 339.

41) Prob.-R. III. Art. 960–970. — Gerber: Syst. d. Deutschen P.-R. § 82.

42) S. Prob.-R. III. Art. 1928.

43) Pilt. Stat. Th. III. Tit. 1. § 3. Bunge: curl. R.-R. § 241: 3 und Note f.

tenſche Stammgut, noch das curl. Erbgut ohne vorhergegangenen Vertrag mit den Erben (sc. der beiden erſten Claſſen) mit Fideicommiß belegt, alſo dem einen oder andern von ihnen entzogen, reſp. dieſelben geſchädigt werden dürfen, ⁴⁴⁾ glauben wir, daß auch bei der Succeſſion in ein Erbgut die Adoptivkinder ausgeſchloſſen werden müſſen, wie ſolches in Livland anerkannt iſt. ⁴⁵⁾ Das Erbgut ſoll doch den Blutsfreunden erhalten werden, und nur dieſen zu Gute kommen; Adoptivkinder haben aber mit der ganzen Sippe Nichts zu thun, wenn ſie auch dem Einzelnen nahe ſtehn, und daher auch keinen Theil an den jener eigenthümlichen Rechten. ⁴⁶⁾

Aus Allem erſehen wir, daß das einzige Gemeinſame, was das curl. „Erbgut“ mit dem „Stammgut“ hat, darin beſteht, daß ſowohl Stammguts- als Erbgutsqualität nur bei adeligen Gütern in Betracht kommt, und ferner die in Betreff der Adoptivkinder und der Fideicommißſtiftung geltenden Normen ziemlich dieſelben ſind.

Um zu zeigen, wie verſchieden die vor 1561 überall in gleicher Geſtalt geltenden Beſtimmungen über Erbgut, offenbar beeinflusst durch die politiſchen Schickſale der einzelnen Landestheile, mit der Zeit modificirt worden, wollen wir zum Schluß dieſes Cap. noch kurz des livländiſchen Landrechts erwähnen, um bezüglich des Wiltenſchen Stammgutes auf nächſte Cap. zu verweiſen: Erbgut iſt in Livland jedes Immobil, das von irgend einem Blutsfreunde ab inteſtato ererbt iſt; ſo lange ein Deſcendent des erſten Erwerbers vorhanden, bleibt daſſelbe bei dem Blute, von dem es gekommen; das Erbgut darf ohne Einwilli-

44) Vgl. Gerber: D. Priv.-R. § 82. — Mirbach-Luſened'sche Tranſact 1786. — Noſde-M. Gramoden'scher Tranſact 1786. — Lieben-Verſen'sche Proteſtation.

45) Prov.-R. III. Art. 1874, 2002, 2530.

46) Punge: curl. B.-R. § 295: 1 und Note f. — Neumann Gröſt. III. S. 339, 340.

gung der gesetzlichen Erben weder unter Lebenden noch auf den Todesfall veräußert werden⁴⁷⁾: eine entgeltliche Veräußerung berechtigt die Erben zur Ausübung des Näherrechts, eine unentgeltliche wird als nichtig angefochten. In Estland ist an Stelle des immobilien Erbgutes gar der ganze ererbte Capitalwerth getreten.⁴⁸⁾

Das curländische Erbgut gestaltet sich aber nach Obigem folgendermaßen:

1. Das curl. Erbgut besteht stets in einem Landgute eines Indigenatsadligen.
2. Begründet wird Erbgutsqualität dadurch, daß ein Landgut von einem Blutsfreunde ab intestato ererbt worden ist.
3. Ein Erbgut darf den Intestaterben der beiden ersten Classen durch letztwillige Verfügung nicht entzogen werden.
4. Das Erbgut kann sowohl an Männer wie Frauen, Agnaten oder Cognaten fallen, und braucht nicht bei demselben Namen zu bleiben.
5. Erbgutsqualität erlischt, sobald beim Nichtvorhandensein von Intestaterben der 1. und 2. Klasse über das Gut letztwillig verfügt wird. Geschieht dieses nicht, und es fällt ab intestato an einen entfernteren Verwandten, so besteht jene Erbgutsqualität fort.
6. Adoptivkinder erben nur laut Vertrag, wie ihn auch eine Fideicommißstiftung verlangt.

§ 4.

Das Stammgut in Wilten seit 1611.

Die piltenschen Statuten (1611) enthalten im Verhältniß zu dem curländischen nur wenig römischrechtliche Normen, und

47) Prov.-R. III. Art. 960—62, 1914, 1917.

48) Prov.-R. III. Art. 968.

schließen sich, obgleich das im Kroneburger Tractate 1585 auch der Piltenschen Ritterschaft ertheilte Privilegium Sigism. Aug. ausdrücklich aufs gemeine Recht verweist ¹⁾, doch größtentheils dem angestammten germanischen Rechte an, und lassen unverkennbar die unmittelbare Benutzung der Rechtsbücher der bischöflichen und Ordenszeit durchblicken. ²⁾ So ist denn unter Anderem auch das 66 Cap. des Mittleren livländischen Ritterrechts ziemlich unverändert in die piltenschen Statuten übergegangen, ohne daß dieselben die durch die Gnadenrechte im Wesen und Begriff des Erbguts hervorgerufenen Modificationen recipirt hätten.

Pilt. Statuten. Th. II. tit. 8. § 1: „wo Jemand sein Stammgut zu verkauffen in Willens, der soll es dem negsten Agnaten anbitten. Wo er daß nicht thutt, und sie wolltens wiederumb an sich bringen, so mögen sie den Kauff, wo sie zugegen, oder nicht minderjährig im Jahr und Tag widersprechen, oder sie hetten sich daran verseimet, diesem zu widersprechen, mögen sie daß Gutt gegen Erstattung des Geldes, so der Verkäuffer darauff entfangen, nebrust Widerkehrung der Beßerung wieder annemen“

Pilt. Statuten. Th. III, tit. 1. § 3: „alte vatterliche Stammgütter können durch Testament nicht vergeben werden“

Der piltensche Adel war offenbar mehr als der curländische darauf bedacht, den Glanz und das Ansehn seiner Familien aufrechtzuerhalten, und schloß daher, das alte Lehnserbfolgerecht wieder aufnehmend, einerseits beim Vorhandensein männlicher Erben das weibliche Geschlecht von der Succession in den Nachlaß aus und gewährte ihm nur Anspruch auf Leibzucht und

1) Privil. Sigism. Aug. Art. XIII. — Bunge: Einleitung u. f. w. §§ 92. 93.

2) Neumann: Erörter. III. S. 333.

Aussteuer, und beschränkte andererseits die Erbfolge in Erbgütern auf die Agnaten, damit das Gut bei demselben Namen bliebe.³⁾

Zu letzterem Behufe führten die piltenischen Statuten das Institut der Stammgüter ein, unter denen wir, wie uns die Sache zu liegen scheint, zwei Arten unterscheiden müssen, wenn auch hinsichtlich der für sie geltenden Normen kaum eine Differenz existirt: die alten Geschlechts- oder Stammlehn, und die eigentlichen Stamm- oder modificirten Erbgüter.

Wie wir oben gezeigt (vgl. S. 7.), gab es im Piltenschen eine ganze Menge Gesammthandgüter von der Art der Stammlehn, die, nachdem durchs Privil. Sigism. Aug.⁴⁾ Die Landgüter ihren lehnrechtlichen Characters verloren, da die durch Familienrechte begründeten Dispositionsbeschränkungen keineswegs dadurch aufgehoben werden konnten, die Stammgutsqualität, wie wir sie im damaligen Adelsrecht in Deutschland finden, erhielten, im Grunde aber Gesammthandgüter blieben: sie konnten nach wie vor den agnatischen Familiengliedern desselben Namens nicht entzogen werden, und stand jenen ein eventuelles Widerspruchs- resp. Näherrecht zu. Wenn Neumann,⁵⁾ sagt, daß für Gesammthandgüter in Curland nur vertragsmäßig in Piltten schon durch das Gesetz Stammgutseigenschaft begründet wird, so ist das noch nicht ohne Weiteres richtig: die pilt. Statuten haben, wo sie unter Stammgütern die Gesammthandgüter verstehen, nur diejenige Art dieser letztern im Auge, welche vor 1561 als Stammlehn bestanden,⁶⁾ dann durchs Privil. Sigism. modificirt wurde, die curländischen Statuten⁷⁾ dagegen erst zu

3) Pilt. Stat. Th. III. Tit. 1. §§ 5—8.

4) Privil. Sig. Aug. Art. VII.

5) Neumann: G.-R. S. 105.

6) Pilt. Stat. Th. III. Tit. 1, § 2, § 3, § 13.

7) Curl. Stat. §§ 85, 86, 87.

errichtende Gesammthandgüter welcher Art es sei, nicht bloß die „sammende Hand“ innerhalb einer Familie, die allein Stammguts-eigenschaft haben konnte.

Wir kommen zur zweiten Art der Stammgüter, auf die es uns hier ankommt: an Stelle einer event. Erbgutsqualität sollte Stammgutsqualität treten, die Erbgüter sollten zu Stammgütern, wie wir sie gleichzeitig in Deutschland finden, werden.

Es fällt uns auf, daß wie im Mutterlande das Stammgut im Allod entstand, auch hier die Lehngüter factisch erst allodificirt werden mußten, bevor sich dies in den baltischen Provinzen einzig dastehende Institut ausbilden konnte.

Man ging aufs alte Lehnrecht zurück,⁸⁾ auf die älteste Form des Erbguts, modificirte sie nur wenig, und recipirte sie unter dem Namen Stammgut; ob, weil man in Deutschland ein solches sah, oder weil die Ähnlichkeit mit den allodificirten Stammlen (Gesammthandgütern derselben Familie) dadurch eine große wurde, bleibt ungewiß. Die Pilt. Stat. bestimmen⁹⁾: ein altes väterliches Stammgut, also ein Gut, das wohl schon mehr als einmal von Vater auf den Sohn ab intestato vererbt worden, solle den nächsten Agnaten (wahrscheinlich den vom ersten Besitzer abstammenden; während bei den aus dem Stammlen entstandenen Stammgut wohl alle Familienglieder desselben Namens Ansprüche haben) nicht entzogen werden dürfen.

Während in Curland das Erbgut seine Eigenschaft als solches schon dadurch erhält, daß es von irgend einem Blutsverwandten ab intestato überkommen, wird in Pilten Stammgutsqualität begründet, erst wenn ein Landgut von agnatischen Ascendenten, und zwar nachdem wenigstens zwei Generationen es besessen (es heißt ja „alte väterliche Stammgüter“, also we-

8) Mittl. R.-R. Cap. 45, 46, 66.

9) Pilt. Stat. Th. II. Tit. 8, § 1. Th. III. Tit. 1 § 3.

nigstens „großväterliche“ Güter), stammt. Dann darf es aber auch zum Nachtheile aller vom ersten Erwerber abstammenden agnatischen Verwandten, mit Ausschluß selbst der cognatischen männlichen Descendenten und aller Frauen, nicht veräußert werden, ¹⁰⁾ widrigenfalls jene ein Widerspruchs- oder Näherrecht zu erheben berechtigt sind. Jede letztwillige Verfügung ist dabei untersagt, und an sich ungültig.

In Betreff der beiden an obiger Stelle (S. 63, 64) wiedergegebenen §§ der Pilt. Act. sagt Bunge ¹¹⁾ Folgendes: „Das Näherrecht hat sich im Gebiet des piltenschen Rechts in der Art erhalten, daß väterliche Stammgüter nicht verkauft werden dürfen, ohne daß sie vorher dem nächsten Agnaten angeboten worden. Wird dies unterlassen, so darf der nächste Agnat, falls er nicht abwesend oder minderjährig, binnen Jahr und Tag dem Kauf widersprechen, d. h. seine Rescission verlangen. Versäumt er dies, so darf er das Stammgut gegen Erstattung des Geldes, das der Verkäufer dafür empfangen, und Ersatz der etwaigen Meliorationen retrahiren“

Anders spricht sich Neumann ¹²⁾ über den Inhalt derselben Gesetzesstellen aus: „es ist im Stammgut, einem Immobil., das von agnatischen Ascendenten auf den derzeitigen Besitzer durch gesetzlichen Erbgang gekommen, ein Näherrecht des nächsten Agnaten verordnet; diesem soll es Allem zuvor angeboten werden; sind mehrere gleich nahe, wol allen. Geht diese auf die Bedingungen, die der Fremde bietet, nicht ein, so ist der Verkauf ungehindert. Ist ihnen ein solches Angebot nicht geschehen, so haben sie das Recht, entweder binnen Jahr und Tag zu verlangen, daß der Kauf rückgängig werde, oder sie haben

10) Vrgl. Aelt. R.-R. Art. 34, 35. — Wittl. R.-R. Cap. 66.

11) Bunge: curl. Prib.-R. § 173.

12) Neumann: Erb.-R. S. 115.

ein Retractrecht für denselben Preis, den der Fremde gegeben, unter Vergütung der Meliorationen.“

Da es nun aber im Text ganz deutlich heißt, ¹³⁾ daß die Erben nachdem sie binnen Jahr und Tag zu widersprechen versäumt, noch ein Näherrecht haben, ¹⁴⁾ so steht ihnen offenbar zur Ausübung dieses eine neue Frist zu (nach Bunge's richtiger Ansicht) ¹⁵⁾ und nicht bloß von vorn herein binnen Jahr und Tag nach Veräußerung nur eine Alternative zwischen Widerspruch und Retract (welcher Ansicht Neumann ist). ¹⁶⁾ Wie lange diese neue Frist läuft, bestimmen die Statuten nicht. Bunge und Blaeſe nehmen wiederum Jahr und Tag an, wie letzterer meint vom Augenblick der Corroboration der Veräußerung gerechnet. ¹⁷⁾ (Natürlich mit Ausnahme der Abwesenden und Minderjährigen). — Da 1819 der piltenſche Kreis mit Curland vereinigt, ¹⁸⁾ und nach Aufhebung des piltenſchen Landrathſcollegiums die piltenſchen Juſtizbehörden dem curländiſchen Oberhofgericht untergeordnet wurden, ſo bezweifelt Neumann wohl mit Recht, ¹⁹⁾ daß bei der dadurch hervorgerufenen Einwirkung des curländiſchen Privatrechts, wo der blutsverwandtschaftliche Retract nicht mehr anerkannt wird, auf's piltenſche, in Piltten die Beſchränkung beim Verkauf von Stammgütern in der letzten Zeit practiſch geblieben iſt. Auch das Prov.-Recht weiß nichts davon.

Indem wir zum Schluß nochmals darauf hinweiſen, daß uns hier nur diejenige Art der Stammgüter angeht, welche dem curl. Erbgut entſpricht, und deren Stammgutsqualität durch

13) Pilt. Stat. Th. II. Tit. 8 § 1. C. C.

14) Vrgl Pilt. Stat. Th. II. Tit. 22, § 1.

15) Bunge: curl. P.-R. § 173.

16) Neumann: C.-R. C. 115.

17) Blaeſe Näherrecht nach curl. und pilt. Land.R. §§ 74, 75 f.

18) Reg.-Pat. 10. April 1818 und 22. April 1819.

19) Neumann: C.-R. C. 117.

Erbgang (nicht nur durch eine vor 1561 bestehenden Stammlehnscharacter) begründet wird, fassen wir die Darstellung dieses piltenschen Stammguts dahin zusammen:

1. Das Stammgut in Piltten besteht in einem adeligen Landgute.
2. Begründet wird Stammgutsqualität dadurch, daß ein Gut wenigstens zweien Generationen in linea recta derselben Familie angehört hat („väterliches Stammgut“ d. h. ein Gut, aus dem schon der Vater stammt, also wenigstens „großväterliches Gut“)
3. Das Stammgut darf den vom ersten Erwerber abstammenden Agnaten nicht lehtwillig entzogen werden. Sind keine solchen vorhanden, so hört die Stammgutsqualität auf.
4. Das Stammgut vererbt sich nur an männliche Glieder. Die weiblichen erhalten eine Aussteuer, die sich nach Praxis und Prov.-R. zum Sohnesheil wie 1 : 3 verhalten muß.
5. Adoptivkinder erben nur aus einem Vertrage, der auch einer event. Fideicommißstiftung vorangehen muß.
6. Das Stammgut bleibt bei demselben Namen.²⁰⁾

§ 5.

Das Stammgut des Provincialcorder Bd. III.

Vergleichen wir, welche Bearbeitung in dem auf Allerhöchsten Befehl codificirten Provinzialrechte, Bd. III., etwa das livländische Institut des Erbguts erfahren,¹⁾ und wie dann die

20) Neumann: Erb.-R. S. 38. — Prov.-R. III. Art. 1928. — Bunge: civil. P.-R. §§ 241, 295. — Neumann: Erörter. III. S. 339, 340.

1) Prov.-R. III. Art. 960—976, 1914—1918, 1995—1998 u. f. w.

Rechtsquellen Curlands behandelt worden sind,²⁾ so werden wir sehen, daß letztere verhältnißmäßig dürftig und ungenügend erörtert worden sind.

Aus den 3 Artikeln 1874, 2002, 2530, die ganz allein „des Stammguts im curländischen Landrecht“ erwähnen (vom „Erbgut“ in Curland wird nirgends gesprochen), sich ein klares Bild von diesem „Stammgute“ zu machen, oder auch nur eine Vorstellung zu gewinnen, ist kaum möglich.

Betrachten wir, nachdem wir in den vorigen Capiteln die curländischen und piltenischen Rechtsnormen kennen gelernt, was das anno 1864 codificirte Privatrecht aus ihnen gemacht hat:

„Nach curländischem Landrecht dürfen adelige Stammgüter „durch letztwillige Verfügung den Intestaterben der beiden „ersten Classen nicht entzogen werden.

„Adoptivkinder erhalten in diesen Gütern ein Erbrecht nur „kraft besonderen Vertrages, der auch der Bestellung eines „Fideicommisses vorangehen muß“ — heißt es in jenem.

Es ist dieses ein durchaus nicht zu rechtfertigendes und unmotivirtes Gemisch curländischer und piltenischer Rechtsnormen, und bedarf einer Erklärung:

Das Provinzialrecht hat hier, ohne eine Definition für das curländische Erbgut zu geben, selbst ohne die Bezeichnung „Erbgut“ beizubehalten, die auf dasselbe sich beziehenden §§ 172 und 173 der curl. Stat. recipirt und einigermaßen richtig interpretirt (wir haben hier unsere S. 57 ausgesprochene Ansicht im Auge, daß der Erblasser auch beim Vorhandensein von nur Geschwistern und Geschwisterkindern über die Hälfte seiner Erbgüter zu milden Stiftungen verfügen könne), dann hat aber das Prov.=Recht doch, kaum die sonstigen Eigenthümlichkeiten des

2) Prov.=R. III. Art. 1874, 2002, 2530.

piltenschen Rechts berücksichtigend, demselben die Bezeichnung „Stammgut“ entlehnt, und so das kurländische Institut des „Erbguts“ benannt, endlich Alles dieses, ohne wie in dieser Frage durchaus nothwendig, Piltten und Curland zu trennen, als „curländisches (in ganz Curland inclus. Piltten geltendes) Landrecht“ bezeichnet.

Da das Privatrecht von 1864 durchaus keine neue Gesetzgebung sein sollte, sondern nur eine Codification und Interpretation der Quellen, ferner die von uns in §§ 3 und 4 mitgetheilten Bestimmungen über Erb- und Stammgut durchaus nicht antiquirt oder durch Rechtsatz aufgehoben sind, so ist die Fassung der Art. 1874, 2002, 2530, wie sie uns jetzt vorliegt eine ganz unzureichende, und müßten diese Artikel, um ein weiteres Verständniß zu beanspruchen, nachdem selbstverständlich eine präcise Definition der Begriffe Stamm- und Erbgut vorausgegangen, etwa folgendermaßen lauten:

1874: „Adoptivfinder erhalten ein Erbfolgerecht in Curland in das Erbgut, in Piltten in das Stammgut nur kraft besonderen Vertrages.“

In Betreff des Art. 2002 ist es fraglich, ob und wie weit die §§ 172 und 173 der curl. Stat. für Piltten Geltung haben. Selbst wenn wir es annehmen, so könnten natürlich nur die männlichen Agnaten der beiden ersten Classen in Betracht, dafür aber auch die der dritten hinzukommen, da in Bezug auf die Succession in väterlichen Stammgütern (wo es hauptsächlich auf den Familiennamen ankommt) wie im alten Lehn die consanguinei unbedingt den germani gleich stehn. (Daß auch in Stammgütern die eine Hälfte zu milden Stiftungen letztwillig bestimmt werden könnte, glauben wir entschieden nicht).

So könnte es dann im Art. 2002 allenfalls heißen: „Nach curländischem Landrecht dürfen adelige Erbgüter den nächsten gesetzlichen Erben der beiden ersten Classen, nach pil-

tenſchem den männlichen Agnaten der drei erſten Claſſen durch lehtwillige Verfügung nicht entzogen werden“, und dem entſprechend weiter.

Der Art. 2530 bliebe gleichlautend, nur wäre unter Erbgut auch das curländiſche als mitbegriffen zu verſtehen. Zum Schluß bemerken wir, daß die einzige, freilich auch nicht befriedigende Erklärung für das „Stammgut“ im Prov.-R. die wäre, daß man das Stammgut im weitem Sinne, welches deutſchrechtlich ſowohl Erb- als Stammgut umfaßt, im Auge gehabt.

IV

Die Zwangsvollstreckung auswärtiger richterlicher Urtheile in Rußland.

Die russische Civil-Prozeß-Ordnung vom 20. November 1864 enthält über die Zwangsvollstreckung auswärtiger richterlicher Urtheile folgende Bestimmung:

Art. 1273. Urtheile von Gerichten auswärtiger Staaten werden auf Grund der Regeln der hierüber vereinbarten Traktate und Verträge vollstreckt. In den Fällen, wo in diesen die Regeln selbst für die Ausführung nicht festgestellt sind, wird das in den folgenden Artikeln (1274—81) festgestellte Verfahren beobachtet.

Wenn dieser Artikel auch klarer d. h. einfacher hätte formulirt werden können, so läßt doch der Inhalt desselben an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig:

Richterliche Urtheile fremder Staaten werden in Rußland nicht vollstreckt, es sei denn solches in Verträgen bestimmt. Für den Fall, daß hierbei das Verfahren selbst nicht festgestellt sein sollte, kommen die Artt. 1274—81 der GPD. in Anwendung. Also: besteht kein solcher Vertrag, so kommen diese Artikel überhaupt gar nicht in Anwendung.

Trotzdem hatte sich in der russischen Rechtsliteratur von Anfang an die Anschauung festgesetzt, daß in Rußland Urtheile

von Gerichten fremder Staaten der Zwangsvollstreckung unterliegen und es dazu nur eines, auf Grund der Artt. 1274—81 zu erlassenden, Vollstreckungsbefehls eines russischen Gerichts bedürfe, ganz abgesehen von irgend welchen Verträgen oder vom Nachweise der Gegenseitigkeit. Diese falsche Auffassung erklärt sich aus dem leichtfertigen Optimismus mit dem man bei uns in Rußland sich einfach einredet, modern-humane Einrichtungen fänden bei uns sofort Anwendung, denn Rußland habe zum Glück keine Erbschaft mittelalterlicher fester Rechtsformen übernommen, welche es bei jeder Reform zwingen, das Bestehende zu berücksichtigen. Ist solch eine Anschauung einmal aufgetaucht, so schreibt Einer sie dem Anderen nach, ohne sich viel um den Wortlaut der Quellen zu kümmern, bis es sich gelegentlich in der Praxis erweist, daß die ganze Theorie in der Luft schwebt. In der uns beschäftigenden Frage hat den Anstoß in der erwähnten Richtung eine Abhandlung von P. M a r k o w „über die Zwangsvollstreckung auswärtiger richterlicher Urtheile“ gegeben, welche fast gleichzeitig mit der Bestätigung und Publikation der neuen Gerichtsordnungen vom 20. November 1864 erschien.¹⁾ Der Verfasser, dem selbstverständlich der Entwurf der GPD. bekannt war, nahm offenbar einfach an, auch die in der GPD. aufgenommenen Bestimmungen entsprächen den modernen von ihm auseinandergesetzten Anschauungen, so daß in Rußland alle Urtheile fremder Staaten der Zwangsvollstreckung unterlägen, wenn dieselbe durch einen Vollstreckungsbefehl eines inländischen Gerichts gestattet sei; dieser Vollstreckungsbefehl sollte ohne Prüfung der Gesegmäßigkeit der Entscheidung zu erlassen sein, wenn nur das Urtheil nach dem fremden Rechte die Rechtskraft erlangt hatte und keine der öffentlichen Ordnung widersprechenden, oder in Rußland gesetzlich unzulässigen Verfügungen ent-

1) Журналъ Министерства Юстиціи. (Diese Monatschrift erschien seit dem Juli 1859 bis zum December 1868) 1864. Bd. XXI (Октябрь, Ноябрь, Декабрь) С. 25—46 und 211—224.

halte, und sich nicht auf Immobilien erstrecke, welche in Rußland belegen seien. Hiernach sollte das einheimische Gericht, weder die Zuständigkeit des urtheilenden Gerichts zu prüfen, noch sich davon zu überzeugen haben, ob dem Verurtheilten die Klage auch rechtmäßig insinuiert sei.

In der erwähnten Abhandlung erörtert der Verfasser zunächst die theoretische Seite der Frage und konstatirt, daß, wenn man vom Begriff der Unabhängigkeit und Souveränität des einzelnen Staates ausgehe, die Vollstreckbarkeit auswärtiger Urtheile grundsätzlich zu leugnen sei. Diesem Grundsatz stellt er den Vortheil gegenüber, welcher den Staaten aus der Anerkennung der Vollstreckbarkeit auswärtiger richterlicher Urtheile erwachsen würde.¹⁾ Sonderbarer Weise fügt er hinzu: „es sei sehr zu bedauern, daß Routine und ein falscher Begriff von Selbständigkeit und Würde, der Verbreitung gesunder Anschauungen entgegenstehen“, und dann wieder: „nach der Theorie sind auswärtige Urtheile nicht rechtsverbindlich, aber aus praktischen Rücksichten und im Interesse gegenseitiger Vortheile kann denselben die Vollstreckbarkeit zugesprochen werden“. Es tritt uns hier ein auffallender Widerspruch entgegen: die prinzipielle Berechtigung des Grundsatzes wird zugestanden und zum Schluß wiederholt, jedoch die Abweichung vom Prinzip aus praktischen Gründen empfohlen, dazwischen aber ist das Gefühl übergewalt und mit der Logik durchgegangen: was eben noch als theoretisch richtig bezeichnet worden ist, wird für einen falschen Begriff, das Festhalten an demselben für Routine, und die praktischen Rücksichten aus Nützlichkeitsgründen als gesunde Anschauungen gepriesen. Der Verfasser erörtert sodann die beiden verschiedenen Systeme der Zwangsvollstreckung auswärtiger Urtheile, das kontinentale und das englische. Die Gesetzgebungen der verschiedenen

2) Будзинскій, о силѣ судебныхъ рѣшеній преимущественно по польскимъ законамъ. Спб. 1861. 8°.

europäischen Staaten über diesen Gegenstand theilt er in 3 Klassen: 1) Spanien, Portugal, Griechenland verhalten sich ablehnend; 2) Frankreich, Belgien, Oesterreich, Preußen, Baiern, Württemberg, Hannover, Sachsen, Baden, Genf, Kirchenstaat anerkennen die Vollstreckbarkeit fremder Urtheile unter Bedingungen. Diese Angabe ist in Beziehung auf Frankreich nicht ganz genau. Die Praxis der französischen Gerichte verwirft prinzipiell die Vollstreckbarkeit auswärtiger Urtheile, und dasselbe that die ältere Doktrin, die neuere Doktrin spricht sich dagegen immer mehr für das Prinzip der Vollstreckbarkeit aus. 3) England anerkennt die Rechtsverbindlichkeit auswärtiger richterlicher Urtheile und verlangt nur, daß auf prozeßualischem Wege der Beweis geführt werde, es läge ein richterliches Urtheil vor und dasselbe sei rechtskräftig.

In Rußland ging die Gerichtspraxis stets von der Anschauung aus, Urtheile auswärtiger Gerichte hätten durchaus keine rechtsverbindliche Kraft. Der Verfasser sucht darzuthun, „unserer Gesetzgebung sei eine richtige Auffassung dieser Frage nicht fremd gewesen und in derselben fänden sich alle Ansätze zur Feststellung eines vollständig richtigen Systems der Vollstreckung auswärtiger richterlicher Urtheile“ Aber bei der zugestandenen Thatfache der Nichtvollstreckung fremder Urtheile in der Praxis, ferner bei den mitgetheilten positiven Erklärungen des Reichsrathes darüber, kann jener Schlußsatz wol nur die nackte Thatfache in etwas verhüllen und dem neu proponirten Grundsatz den Boden ebnen wollen. Der Verfasser führt endlich den Inhalt der Artikel der neuen C.P.D. an, welcher mit dem publizirten Text nicht ganz übereinstimmt. Beim Verfasser heißt es: „Auf den Fall, wenn in den Verträgen Regeln für die Ausführung nicht festgestellt sind, gelten folgende Regeln“ — während im Gesetze steht: „In den Fällen, wo in diesen die Regeln selbst für die Ausführung nicht festgestellt sind, wird das in den folgenden Artikeln festge-

stellte Verfahren beobachtet“ Selbst in der ungenauen Relation des Verfassers ist die Vollstreckbarkeit auswärtiger Urtheile nicht enthalten, und doch war der Verfasser offenbar überzeugt, Art. 1273 der GPD. enthalte eine, den von ihm erwähnten modernen Anschauungen entsprechende, Regel, denn er schließt seinen Artikel mit Emphase: „Die Einführung der angeführten Bestimmungen in unseren neuen Kodex ist epochemachend in der Rechtsgeschichte für die Frage nach der Zwangsvollstreckung auswärtiger richterlicher Urtheile“ Das „wie“ hat freilich erst im Jahre 1882 Ein Dirigirender Senat festgestellt, in der weiter unten mitgetheilten Kassationsentscheidung in Sachen Adam. Damals war Alles davon überzeugt, wenigstens in dieser Frage stehe die russische Gesetzgebung auf der Höhe der Zeit und der modernen liberalen Anschauungen und habe zuerst in Europa voll und ganz die Forderungen der Wissenschaft verwirklicht. Erst jetzt lernen wir aus unanstreitbaren, offiziellen Quellen mit einer Genauigkeit, die weiter keinen Zweifel zuläßt, den wirklichen Gang der kodifikatorischen Arbeiten über diese Frage kennen, und die Wissenschaft kann Einem Dirigirenden Senate dafür nur zu großem Danke verpflichtet sein.

Bisher wußte man nur, daß in dem Entwurfe der ursprünglichen Kommission, der die Abfassung der neuen GPD. übertragen war, sich ein Art. befand, nach welchem: „Die Regeln für die Zwangsvollstreckung von Urtheilen der Gerichte des Königreichs Polen und des Großfürstenthums Finnland auf die Urtheile von Gerichten solcher auswärtiger Staaten ausgedehnt werden sollten, in welchen auf Grund von Verträgen oder Gesetzen Urtheile russischer Gerichte vollstreckt würden“ Jetzt erfahren wir, daß in den vereinigten Departements des Reichsraths diese beiden Fälle getrennt wurden und der jetzige Art. 1273 folgende Fassung erhalten sollte: „Urtheile von Gerichten auswärtiger Staaten werden auf Grund der Regeln, welche darüber in Verträgen enthalten sind, vollstreckt, in den Fällen aber, wo

keine Verträge vorhanden sind, gelten folgende Regeln" In diesem Entwurfe war also die unbedingte Zwangsvollstreckung aller auswärtiger richterlicher Urtheile, unabhängig von Verträgen und vom Prinzip der Gegenseitigkeit beantragt worden, eine Regel die den kühnsten Wunsch der fortgeschrittensten Koryphäen der Völkerrechtswissenschaft zu verwirklichen versprach. Durch Annahme dieser Regel hätte unser Vaterland sich wirklich an die Spitze der fortschrittlichen Bewegung in dieser Frage gestellt, und der Jubel der Liberalen hätte positive Grundlage gehabt. Ob der praktische Nutzen der Intensität dieses Jubels entsprochen hätte, ist eine andere Frage. Vor der Annahme des ganzen Entwurfes zog der Reichsrath ein Gutachten des Ministeriums des Auswärtigen über diese Frage ein. In diesem Gutachten wurde auf die Unzuträglichkeit der Zwangsvollstreckung richterlicher Urtheile solcher Staaten hingewiesen, mit denen hierüber keinerlei Verträge geschlossen seien und in denen den Urtheilen russischer Gerichte nicht die geringste Bedeutung zuerkannt werde, und beantragt, eine Zwangsvollstreckung fremder Urtheile nur auf Grund von Verträgen zu gestatten. So wurde zu derselben Zeit, wo man in der Litteratur konstatiren zu können glaubte, daß von Rußland ein epochemachender Fortschritt in der Weltrechtsgeschichte ausgegangen sei, auf Antrag unseres Ministeriums des Auswärtigen, nicht nur kein Fortschritt in die Weltrechtsgeschichte hinein, sondern ein Rückschritt aus derselben heraus gethan. Alle vom Ministerium vorgebrachten Unzuträglichkeiten wären beseitigt worden, wenn man die obenangeführte Redaction der ursprünglichen Kommission wieder hergestellt, oder einfach bestimmt hätte: „auswärtige richterliche Urtheile unterliegen in Rußland der Zwangsvollstreckung, entweder auf Grund von Verträgen, oder verbürgter Gegenseitigkeit" Dadurch hätte man wirklich sich auf den humanen Standpunct der vorgeschrittensten kontinentalen Staaten gestellt. Statt dessen ließ man sich durch die verletzende Phrase

und unklare Vorstellung von Staaten, „welche Urtheilen russischer Gerichte nicht die geringste Bedeutung zuschrieben“, dazu verleiten, den Grundsatz der Gegenseitigkeit auszuschließen. Nach den in der Senatsentscheidung mitgetheilten Daten zu schließen, ist in dem Gutachten des Ministeriums des Auswärtigen die Sache so dargestellt, als ob in allen den Staaten, mit welchen keine Verträge geschlossen sind, den Urtheilen russischer Gerichte nicht die geringste Bedeutung zugeschrieben werde. Hier wird verschwiegen oder übersehen, daß in der Mehrheit der Staaten auswärtige Urtheile nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit vollstreckt werden, und die Sachlage wird so dargestellt, als ob Vollstreckung nach dem Grundsatz der Gegenseitigkeit dasselbe sei, wie Vollstreckung nach Verträgen. Auch die einzelnen Sätze stimmen nicht recht zu einander, wir wissen nicht, liegt das an der Darstellung im Gutachten des Ministeriums, oder am Referat des Senats. „In Fragen des Völkerrechts ist die Gegenseitigkeit ein Grundprinzip“ „Dieses Prinzip wird auch in unserer Gesetzgebung durchgeführt“ „Der Gesetzgeber, indem er das Prinzip der Gegenseitigkeit in dem unbefchränkten Umfange, wie es die ursprüngliche Kommission hinstellte, wo es genügen sollte, daß das Gesetz eines Staates die Vollstreckbarkeit auswärtiger richterlicher Urtheile aussprache, hat nichts desto weniger dieses Prinzip als Grundlage für die Vollstreckbarkeit auswärtiger richterlicher Urtheile in Rußland beibehalten, indem es dasselbe nur auf die Fälle beschränkte, wo dieses Prinzip geheiligt und sichergestellt ist durch Abschluß eines Vertrages“ Es ist auffallend, was für Mühe man sich gegeben hat, die einfache Ablehnung einer Bestimmung zu umschreiben und den Beweis zu versuchen, man habe sie eigentlich angenommen. Das tritt deutlich und scharf hervor, wenn man einfach den Gedankengang rekapitulirt: Gegenseitigkeit ist Grundprinzip des Völkerrechts und auch in unserer Gesetzgebung durchgeführt. Gegenseitigkeit ist im ersten Entwurf als Bedingung festgestellt. Die

vereinigten Departements geben die Gegenseitigkeit auf und beantragen die Vollstreckung aller auswärtiger Urtheile. Das Ministerium hielt das für bedenklich, da einige Staaten das Prinzip der Gegenseitigkeit nicht anerkennen und russischen Urtheilen jede Bedeutung absprechen könnten, was verlegend für Rußland wäre. Daher wird beantragt, nicht etwa über Beobachtung der Gegenseitigkeit zu wachen, sondern dieses Prinzip, welches doch die internationalen Beziehungen am natürlichsten und einfachsten regelt, am wenigsten Mühe macht, den Staaten die meiste Freiheit läßt — nicht weiter zuzulassen, sondern sich auf ausdrückliche Verträge zu beschränken. Nach der Angabe in der Senatsentscheidung hat das Ministerium die Sache so hingestellt, als habe man nur die Wahl zwischen Verträgen, oder unbeschränkter Vollstreckungspflicht, wobei andere Staaten keineswegs gebunden seien, vielmehr ihrerseits russischen richterlichen Urtheilen jede Vollstreckbarkeit verweigern könnten, während man doch die Wahl unter drei Möglichkeiten hatte: Vertrag, Gegenseitigkeit, und unbedingte Vollstreckungspflicht. So ist es gekommen, daß Rußland allein unter den europäischen Staaten auf einem exklusiven, inhumanen Standpunkte steht und nunmehr, „der Rechtspflege und dem öffentlich rechtlichen Verkehr, aus Routine und falscher Auffassung seiner Selbständigkeit und Würde, Hindernisse in den Weg legt“

Damals freilich blieb Alles dieses völlig unbekannt und die in der Redaktion des betreffenden Artikels vorgenommene Abänderung, in Folge ihrer äußerlichen Geringfügigkeit, un bemerkt, besonders da seitens der Reichskanzlei nicht die ausführlichen Verhandlungen des Reichsraths, welche von großem Interesse und von noch größerem wirklichen Nutzen hätten sein können, sondern Auszüge aus denselben herausgegeben wurden, welche in ihrer Inhalts- und Bedeutungslosigkeit jene optimistische Anschauung von dem fortgeschrittenen, liberalen Charakter des neuen Gesetzes bestärken mußte und Anlaß zu weiteren Phrasen

bot. Wir lesen in dieser Ausgabe ¹⁾: „Durch Verträge mit fremden Staaten wurden manchmal Regeln über das Verfahren bei Vollstreckung fremder richterlicher Urtheile in Rußland und russischer im Auslande festgestellt, folglich mußte in der GPD. vorausgeschickt werden, daß nach diesen Regeln zu verfahren und daß die im vorstehenden Kapitel festgestellten Regeln sich nur auf die Fälle beziehen, wenn für diesen Gegenstand in den internationalen Verträgen sich keine Hinweise fänden“ Hier ist jeder Satz unrichtig! Ein solcher Kenner unserer internationaler Beziehungen, wie F. v. Martens, hat noch im Jahre 1878 constatirt, daß es keinen Vertrag gebe, in welchem Rußland über die Vollstreckbarkeit auswärtiger Urtheile eine Vereinbarung abgeschlossen hätte, und daß der einzige wirklich gestellte Antrag bisher ohne Folgen geblieben sei. Dazu kommt, daß die angeführten Sätze auch nicht einmal ahnen lassen, was der Reichsrath wirklich beschlossen hatte und welche Motive für ihn maßgebend gewesen waren. Im Gegentheil, diese kasse Phrase mußte den, der sich eingeredet hatte, auswärtige Urtheile könnten in Rußland ohne weiteres vollstreckt werden, in seiner Annahme bestärken. Wer dieser Ansicht war, las immer nur die Artt. 1274—81 der GPD. und über sah Art. 1273, als nicht ganz klar formulirt.

So verfährt z. B. Professor M a l y s z e w in seiner Darstellung des Civilprozesses ²⁾, wo er sagt: „Unsere Gesetze über die Vollstreckung von Urtheilen auswärtiger Gerichte genießen eines unverdient schlechten Rufes im Westen und dieser Umstand schädigt die Autorität russischer Gerichte nach dem Grundsatz der Wiedervergeltung. Z. B. im Zirkulär des österreichischen

1) Судебные уставы 20 ноября 1864 года съ изложениемъ разсуждений на коихъ они основаны. Издание Государственной Канцеляріи, ч. I, Уставъ гражданскаго судопроизводства. Спб. 1866. С. 583.

2) Кронидъ Малышевъ, Курсъ гражданскаго судопроизводства. II, Спб. 1875. С. 43.

Justizministeriums, vom 19. April 1865, ist gesagt, daß nach Erklärung der russischen Regierung, auswärtige Urtheile von den Kaiserl. russischen Behörden unter keiner Bedingung vollstreckt werden, daher werde den Gerichten Oesterreichs Beobachtung strengster Reziprozität vorgeschrieben. In dem Werke von Foelix¹⁾ werde Rußland zu den Staaten gezählt, wo richterliche Urtheile an und für sich kein Vollstreckungsrecht haben und nur auf besonderen Ukas vollstreckt werden, folglich, schließt der Verfasser, hätten auch russische Urtheile keine Geltung im Auslande. Dasselbe wiederhole Massé (§ 800)“. Wenn der Herr Professor in derselben Weise verfahren wäre wie jene westeuropäischen Beamten und Gelehrten, d. h. wenn er die offiziellen Quellen studirt hätte, so wäre er wol zu demselben Resultate gekommen. Ihm steht aber sein fortschrittlicher Satz einmal fest, wozu soll man sich da mit den Quellen befassen, er verläßt sich auf P. Markow's Abhandlung und ruft aus: „In Wirklichkeit aber steht unsere GPD., in ihrer Liberalität in dieser Beziehung, nicht nur nicht hinter den westlichen Gesetzgebungen zurück, sondern übertrifft sie sogar, so daß unsere Lage eine nicht ganz zuträgliche ist!“

Dann schildert er, wie es bei uns in Rußland bei dieser Gelegenheit zugehe und erklärt zum Schluß, „daß natürlich wenn die auswärtigen Gerichte fortfahren würden russische Urtheile nicht zu respektiren, daraus, nach den Grundsätzen der Retorsion, ein Hinderniß für Vollstreckung auswärtiger Urtheile in Rußland entstehen könne“ Sic! Diese Drohung ist jedenfalls überflüssig, da es ja eben die russischen Gerichte sind, welche auswärtigen Urtheilen die Zwangsvollstreckung verweigern. Man sieht, die ganze Darstellung des Herrn Professors schwebt einfach in der Luft und entbehrt jeder Begründung!

Wenn ein Civilist in dieser Weise ein positives Gesetz in sein Gegentheil verkehrt, so kann es nicht Wunder nehmen,

1) Droit international privé. § 324.

daß ein Publizist, der Professor des Völkerrechts an der Petersburger Universität, F. v. Martens, in den gleichen Fehler verfällt ¹⁾. Auch in dieser Darstellung ist der Fehler dadurch entstanden, daß der Verfasser von der Ansicht der fortschrittlich liberalen Stellung, welche unsere Regierung, speziell unser Ministerium des Auswärtigen, mit dünnen Worten einfach zurückgewiesen hat, ausgeht und das Gesetz in diesem Sinne interpretirt, ohne sich um den Wortlaut des maßgebenden Art. 1273 zu kümmern. Er referirt: Die Anschauungen, welche man über das russische Recht in Europa habe, seien sehr unvollständig und unklar, man halte sich an das veraltete Werk von Foelix. ²⁾ Noch im Jahre 1872 habe unser Reichsrath den Geist unserer alten Gesetzgebung richtig aufgefaßt, indem er erklärte, in Rußland könnten Urtheile auswärtiger Gerichte nicht vollstreckt werden. Man fragt hier unwillkürlich: wie hat das Jahr 1872 den Verfasser nicht stutzig gemacht! Wenn der Reichsrath in diesem Jahre eine Erklärung abgab, warum hat der Verfasser sich nicht von derselben leiten lassen? Warum hat er sie uns nicht mitgetheilt? Woraufhin bezieht er sie auf die „alte“ Gesetzgebung? Sollte sie sich nicht mit vollem Recht auf die neue von 1864 bezogen haben? Der Verfasser fährt fort: „die G.D. von 1864 hat jene, einer anderen Epoche der internationalen Beziehungen entsprechende Anschauung aufgegeben und der Senat hat das neue Prinzip unanfechtbar sichergestellt, durch seine Affirmations-Entscheidung vom 17. October 1873. Dieses Urtheil zeichnet sich durch eine bemerkenswerthe Klarheit und eine seltene Tiefe bei der Interpretation der wahren Absichten der geltenden Gesetzgebung aus“ Wir werden weiter unten sehen, daß dieses Urtheil auch nicht den elementarsten Ansprüchen der Logik entspricht und deswegen der ganze Standpunkt vom Ge-

1) Journal de droit international privé. t. V Paris 1878. S. 139—145. De l'exécution des jugements étrangers en Russie.

2) Droit international privé vom Jahre 1844.

nat bereits völlig verlassen ist. Der Verfasser sagt ferner: Unsere G.D. hat eine vollständige Revolution auf diesem Gebiete hervorgebracht und Rußland befolgt jetzt Bestimmungen, die viel liberaler und den Wünschen der bedeutendsten modernen Juristen viel entsprechender sind, als die anderer europäischer Staaten. Rußland nimmt die größte Rücksicht auf die auswärtigen Gesetzgebungen und verlangt nicht einmal Gegenseitigkeit, obwohl man behaupten kann, daß letztere die natürliche und nothwendige Grundlage aller Beziehungen der Staaten untereinander sei. Unsere G.D. giebt der internationalen Vereinbarung den Vorzug. Da aber bis jetzt keine solche Verträge geschlossen worden sind — ein dahin zielender Antrag der Niederlande ist in ernste Consideration genommen worden, aber bisher ein todter Buchstabe geblieben, sagen wir: ad acta gelegt — so haben die russischen Gerichte, wie Art. 1273 vorschreibt, sich nach den Artt. 1274—81 zu richten“ Wir sahen bereits, daß sie sich eben nicht nach diesen Artikeln zu richten haben, daß diese Artikel vielmehr bis auf Weiteres bestimmt sind, auch ihrerseits ein todter Buchstabe zu bleiben, weil das, die wesentliche Grundlage aller internationalen Beziehungen bildende, Prinzip der Gegenseitigkeit bei Abfassung unserer G.D. verworfen worden ist.

Im laufenden Jahre ist der II. Band des vom Verfasser herausgegebenen modernen Völkerrechts erschienen¹⁾. Hier erörtert der Verfasser die Lage noch einmal auf Grund seiner bisherigen Anschauungen, führt kurz beide weiter unten abgedruckten Senatsentscheidungen, freilich so kurz an, daß die wesentlichen Mängel und Vorzüge gar nicht hervortreten und fährt fort: „Vom Standpunkte des Art. 1273 und der Theorie erscheint die Entscheidung in Sachen Theodoridi besser begründet. Aus dem Grundprinzip, welches der Senat in Sachen Schipow aufstellt, folgt logisch, daß in Rußland Urtheile auswärtiger Gerichte nicht

1) Ф. Мартенсъ, Современное международное право цивилизованных народов II. Спб. 1883. С. 339—345.

einmal anerkannt werden sollen, geschweige denn vollstreckt. Aber in solchem Falle dürften unsere Gerichte überhaupt, weder auswärtige Gesetze anerkennen, noch Rechte die im Auslande begründet sind. Offenbar widerspricht die vom Senate angenommene Auffassung der Möglichkeit völkerrechtlichen Verkehrs“ „Zur Vertheidigung dieser Anschauung darf man sich nicht auf den Mangel der Gegenseitigkeit berufen. Die Gegenseitigkeit ist wol die Grundlage völkerrechtlichen Verkehrs, aber man kann die Entscheidung über dieselbe keinem Gericht überlassen, wenn man als einzigen Beweis derselben die Existenz eines Vertrages hinstellt. Die Gegenseitigkeit ist ohne Verträge möglich, aber wie soll das Gericht sie feststellen. Offenbar ist es Sache der Administration, den Gerichten Kenntniß davon zu geben, welche Staaten die Gegenseitigkeit gewähren. Zudem ist die Gegenseitigkeit ein politisches, kein Rechtsprinzip. Die Abwesenheit der Gegenseitigkeit kann das Recht nicht vernichten, welches auf Grund eines Urtheils besteht“ Endlich wird behauptet, das Prinzip der Gegenseitigkeit sei ein zu schwankendes und äußere sich ungünstig auf die internationalen Privatrechtsverhältnisse.

Das Hauptverdienst der Arbeit des Verfassers über das moderne europäische Völkerrecht und besonders des zweiten Theiles desselben, wo der Verfasser, unter der treffend gewählten Bezeichnung der internationalen Verwaltung, bisher ohne inneren Zusammenhang durcheinander geworfene, zum Theil in neuester Zeit erst aufgetretene Erscheinungen und Thatfachen der internationalen Gemeinschaft, in ein gleichmäßiges einheitliches System bringt — besteht darin, daß er allen abstrakten Sätzen und Behauptungen und vorgefaßten Anschauungen entsagt, sorgfältig die zahlreichen einzelnen Äußerungen des wirklichen Lebens aufsucht, auf ihr Wesen und ihren Charakter untersucht, und so die allen gemeinsamen Grundlagen und Grundsätze feststellt. Leider steht die Behandlung, welche der Verfasser der uns beschäftigenden Frage zu Theil werden läßt, in grellem Widerspruch mit seinem

ganzen Werk, mit seiner Methode. Der Verfasser hat im Jahre 1878 ein Urtheil über die Frage abgegeben und hält nun seine vorgefaßte Meinung aufrecht, und vertheidigt den a priori festgestellten Satz gegen den unzweifelhaften Wortlaut des Gesetzes und die unleugbaren Thatfachen gerichtlicher Praxis. Wir sind überzeugt, daß der begabte Verfasser auch in Bezug auf diese Frage zu seiner bewährten Methode zurückkehren und der erste sein wird, jene vorgefaßte Meinung von dem fortschrittlich liberalen Standpunkte der russischen CPD. fallen zu lassen. Es wird ihm dann nicht schwer werden, die Unhaltbarkeit seiner Abhandlung vom Jahre 1878 zuzugestehen.

Uebersetzen wir, um gemeinsam die Wahrheit zu finden, was der Verfasser hier vorgebracht hat, so zeigt sich vor Allem, daß die verschiedenartigen Gesichtspunkte nicht immer auseinander gehalten werden. In Allem, was der Verfasser *de lege ferenda* vorbringt, können wir ihm nur beistimmen, es geht das aus unserer ganzen Darstellung hervor. In Allem, was er dagegen *de lege lata* sagt, müssen wir ihm widersprechen.

Was die nackte Behauptung von der besseren Begründung der Entscheidung in Sachen Theodoridi betrifft, so verweisen wir auf unsere eingehende Kritik beider Kassationsentscheidungen weiter unten. Im Uebrigen handelt es sich bei Beurtheilung geltender Gesetze gar nicht darum Prinzipien aufzustellen, sondern einfach den Wortlaut des Textes zu interpretiren. Das thut der Verfasser aber nicht, ja er beruft sich nicht einmal auf den Wortlaut des Art. 1273, sondern auf den Standpunkt des Art. 1273 und der Theorie. Die Theorie hat aber hier gar nichts zu thun, denn wir sprechen vom Gesetz und handelt es sich um den Wortlaut, so muß der für sich und abgesehen von aller Theorie interpretirt werden, womit der Verfasser wol übereinstimmen wird. Lassen wir die Theorie also bei Seite. Bleibt der Standpunkt des Art. 1273. Aber auch dieser Standpunkt existirt ja noch gar nicht! Der soll ja erst gefunden

werden. Der Verfasser verräth hierdurch, daß er diesen Standpunkt unabhängig vom Art. sich zurechtgestellt hat, um nach ihm den Artikel modeln zu können. Verlassen wir daher diesen künstlichen Standpunkt — bleibt der Art. 1273. Sollte es wirklich noch nöthig sein den aufs Neue zu interpretiren? Die Interpretation dieses Artikels durch den Senat in der Sache *Adam contra Schipow* ist, ganz abgesehen von der gesetzlichen Autorität des Senates, so unerschütterlich begründet, durch die angeführten Motive des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten und des Reichsrathes, daß die Richtigkeit derselben gar keinem Zweifel mehr unterliegen kann. Zudem muß nicht nur jeder Jurist, sondern jeder logisch denkende Mensch durch einfache grammatische und logische Interpretation zu demselben Resultat gelangen. Wenn es sich bei dieser Interpretation ergibt, daß Rußland, durch diesen bisher als liberal gepriesenen Artikel in einer bestimmten Frage, „sich außerhalb der europäischen völkerrechtlichen Gemeinschaft gestellt und die „Möglichkeit völkerrechtlichen Verkehrs in Frage gestellt hat“ — so ist das eine bedauernswerthe Thatfache, aber weder diese Thatfache, noch unser Kummer über dieselbe ist im Stande, an dem Artikel auch nur einen Buchstaben zu ändern. Der Artikel selbst empfindet jedenfalls keinen Kummer und hat auch gar keine Schande! Auch bei der Interpretation muß unser Gefühl schweigen und darf nur Logik und Grammatik zu Rathe gezogen werden. Unser Gefühl kann uns veranlassen, um Aufhebung und Abänderung des Artikels zu bitten, aber, so lange derselbe nicht abgeändert ist, sind wir nicht befugt seine Bedeutung und Geltung anzufechten und an seinem Inhalte herumzudeuteln, um denselben abzuändern, so unbequem, mißliebig und verlegend für unsere Nationalitätlichkeit dieser Inhalt auch sein möge. Nicht umsonst warnen unsere Grundgesetze vor „der trügerischen Unbeständigkeit willkürlicher Auslegungen“

Wenn der Verfasser sodann behauptet, eine andere Konsequenz dieser Interpretation müsse sein, daß auch auswärtige

Gesetze nicht anerkannt würden, noch Rechte, welche im Auslande erworben seien, so hat er ganz übersehen, daß im russischen Privatrecht, in Consular- und a. Conventionen positive Bestimmungen, über die Geltung auswärtiger Gesetze und über die Wirksamkeit im Auslande erworbener Rechte, enthalten sind, welche durch gar keine Konsequenzen und logische Schlüsse aus anderen Bestimmungen beseitigt oder erschüttert werden können. Endlich hätte der Verfasser nicht übersehen dürfen, jenen einfachsten und ersten Grundsatz jeder Gesetzgebung und Interpretation, daß eine Spezialregel eine Spezialregel bleibt und nicht ohne weiteres verallgemeinert werden darf.

Was der Verfasser über die Gegenseitigkeit vorbringt, um die von ihm erwünschte völkerrechtliche Vereinbarung in den Vordergrund zu schieben, trifft nicht den Kern der Sache. Ohne Weiteres kann zugegeben werden: eine völkerrechtliche Vereinbarung wäre vorzuziehen, aber was hat das mit dem Bestehenden zu thun? Das giebt in diesem Falle der Verfasser sogar selbst zu, nur kann er sich nicht enthalten wieder in das Gebiet der *lego ferenda* hinüber zu greifen und nachzuweisen, die Gegenseitigkeit leide an großen Mängeln. Natürlich hat der Verfasser Recht, wenn er behauptet: „man kann die Entscheidung über dieselbe keinem Gericht überlassen, wenn man als einzigen Beweis derselben die Existenz eines Vertrages hinstellt“. Natürlich soll man das nicht, aber man kann sehr wohl die Entscheidung über dieselbe einem Gericht überlassen, wenn man demselben anheimstellt, über den Beweis derselben, wie über den Beweis jeder anderen Thatsache zu erkennen. Wir meinen, die dem Verfasser nothwendig scheinende Interzession der Administrativbehörden kann unterbleiben, da der Verfasser darin mit uns wol übereinstimmen wird, daß jedes Recht am Sichersten durch den Richter geschützt werde, auch das Recht, das auf einem auswärtigen richterlichen Urtheile beruht.

Wenn der Verfasser behauptet, die Gegenseitigkeit sei kein

politisches Prinzip, so hat er ganz Recht. Allein diesem Grundsatz gesunder Politik liegt die Voraussetzung, das erste Prinzip jeder Rechtsordnung, das *sum cuique* zu Grunde. Das *sum cuique* faßt das Recht, die Gegenseitigkeit den Nutzen ins Auge. Letztere ist die Anwendung, also auch Abschwächung des ersteren. Der Verfasser hat ganz Recht, wenn er behauptet, die Abwesenheit der Gegenseitigkeit könne das Recht nicht erschüttern, und wir stimmen ihm zu, das Recht muß absolut und unbedingt geschützt werden, ohne Rücksicht auf irgend welche Gegenseitigkeit und werde sie auch prinzipiell verweigert. Allein das Wort Recht kann in verschiedenem Sinne gebraucht und das materielle Recht muß vom bloß formellen unterschieden werden. Es heißt den Begriff des Rechts verengen, wenn man bloß von einem Recht spricht, das auf einem Urtheil beruht. Die Sache liegt umgekehrt, nicht mein Recht beruht auf dem Urtheil, sondern das Urtheil beruht auf meinem Rechte. Dieses mein Recht hat den Anspruch auf unbedingten Schutz. Was das Urtheil feststellt deckt sich aber nicht immer mit demselben. Das Urtheil schafft zunächst formelles Recht, das soll und kann mit dem materiellen Rechte zusammenfallen, aber es kann auch demselben widersprechen. Der Staat unterwirft aus praktischen Gründen seine Bürger auch dem bloß formellen Rechte, welches von dem durch ihn eingesetzten Richter gefunden wird. Allein warum sollte er nicht berechtigt sein, seine Bürger gegen solche Urtheile auswärtiger Gerichte zu schützen, die eine bloß formelle Bedeutung haben und in Folge ungeschickter Vertheidigung zu Stande gekommen sind, oder auf einem Fehler des Richters beruhen? Hier tritt der Grundsatz der Gegenseitigkeit vermittelnd ein; indem die Bürger zweier oder aller Staaten der Möglichkeit bloß formell richtiger Urtheile gleicherweise ausgesetzt werden, werden die Chancen, wenigstens im Großen und Ganzen für Gesellschaft und Staat, wenn auch nicht für die einzelnen Personen, einander gleich. Da aber auch der Einzelne durch Be-

förderung des völkerrechtlichen Verkehrs gewinnt, so muß er etwaige Nachtheile, welche zudem immer mehr oder weniger zufällige sein werden, tragen. Um diese möglichen Nachtheile auf ein Minimum zu beschränken, wird die Vollstreckung auswärtiger Urtheile an gewisse Bedingungen geknüpft und gewissen Beschränkungen unterworfen; darum werden bei rein formellen Urtheilen wie z. B. bei Kontumazialurtheilen, in Konkursfachen, diese Bedingungen verschärft. So absolut einfach, wie der Verfasser es hinstellen möchte, ist die Sache eben nicht. Der Verfasser strebt nach dem Vollkommenen, aber prinzipiell vollkommene Einrichtungen verlangen auch gleiche Zustände, dagegen enthalten unvollkommene Einrichtungen oft die Korrektur unvollkommener Zustände in sich. So wäre z. B. den derben und gewaltthätigen Zeitgenossen der Prawda mit dem neuesten Entwurf unseres Strafgesetzbuches kein Dienst geleistet worden; sie bedurften eben des rohen Grundsatzes der Blutrache und Selbsthilfe. *Mutatis mutandis* ist es auch heute noch so.

Aber auch abgesehen davon, steht jene vom Verfasser angestrebte internationale Vereinbarung noch in sehr weitem Felde und wir müssen uns daher mit der Gegenseitigkeit einrichten. Es läßt sich auch mit derselben auf dem einfachsten Wege sehr viel erreichen. Man verfare nur nach derselben, man setze sie nur voraus, wo sie irgend verbürgt oder auch nur wahrscheinlich ist, man überlasse nur getrost die Entscheidung über ihr Vorhandensein den Gerichten, und man wird in der Praxis große Resultate erzielen und diese Resultate werden ihrerseits eine völkerrechtliche Vereinbarung vorbereiten und beschleunigen helfen. Aber dazu ist erforderlich, daß die Gegenseitigkeit von Gerichten gehandhabt werde, welche nach Recht zu entscheiden gewöhnt sind und nicht von Verwaltungsbehörden, welche den Nutzen im Auge haben und sich von politischen Erwägungen nicht fernhalten können und leider oft von politischen Rücksichten, ja Leidenschaften sich leiten lassen.

Was die Praxis der Gerichte betrifft, so ist es mit derselben ähnlich gegangen, wie in der Litteratur, nur mit dem Unterschiede, daß, soweit wir Kenntniß von derselben haben, die Bezirksgerichte und Appellhöfe zunächst das Gesetz, den Art. 1273 der GPD., richtig aufgefaßt und interpretirt und die Zwangsvollstreckung auswärtiger richterlicher Urtheile abgelehnt haben. So noch im Jahre 1871. Im Jahre 1873 jedoch erließ der Dirigirende Senat einen Kassationsbescheid, welcher jener unberechtigten Auffassung durch eine unrichtige Interpretation des Art. 1273 Geltung verschaffte, wenn auch nicht bei allen Gerichten, bis der Senat im Jahre 1882 wiederum, der von ihm selbst gegen das Gesetz vorgeschriebenen, unrichtigen Interpretation ein Ende machte. Diese beiden Kassationsentscheidungen sind für das ganze Verfahren des Senates, für seine Art und Weise schwierige Fragen zu erledigen, so charakteristisch, daß wir sie mit nur geringen Verkürzungen folgen lassen.

Vorher noch die Bemerkung, daß unsere Administrativbehörden, wenigstens die Ministerien des Auswärtigen und der Justiz, die Sache richtig beurtheilt haben, wie aus dem oben citirten Zirkular des österreichischen Justizministeriums zu ersehen ist.

Kassationsentscheidung vom 17. October 1873, Nr. 1711, in Sachen Theodoridi:

Ein Italiener M. Serafini, die russischen Unterthanen F. A. und S. Theodoridi und ein Türke Murad Dghlu waren in Konstantinopel in Streit gerathen bei Liquidation einer Gesellschaft. Zwischen der russischen Botschaft, der italienischen Gesandtschaft und der Pforte wurde vereinbart, daß dieser Streit durch eine gemischte Kommission zu entscheiden sei. In der Urkunde hierüber, welche sowohl von Seiten der Vertreter der Regierungen als der streitenden Parteien unterzeichnet wurde, war das von der Kommission bei der Verhandlung und Entscheidung einzuhaltende Verfahren festgestellt und dabei bestimmt worden, daß die Kommission die Sache endgültig entscheiden

und die Regierung der unterliegenden Partei gehalten sein solle, das gefällte Urtheil ohne Widerrede zu vollstrecken. Die gemischte Kommission fällte ihren Spruch am 7 März 1869. Im Jahre 1870 beantragten die Theodoridi als Kläger, indem sie die Urkunde über Einsetzung des Gerichts und das gefällte Urtheil vorstellten, beim Odeffaer Bezirksgericht die Vollstreckung des Urtheils gegen den türkischen Unterthan Murad Dghlu, der sich unterdeß in Odeffa niedergelassen hatte und verlangten die Beizreibung von 34354 R. Das Odeffaer Bezirksgericht und der D. Appellhof wiesen die Bittsteller ab und zwar aus folgenden Gründen:

1) Art. 1273 der GPD. bestimmt: Urtheile auswärtiger Gerichte werden auf Grund der Regeln vollstreckt, welche darüber in Verträgen festgestellt worden sind. Der buchstäbliche Sinn dieses Gesetzes gestattet keinen Zweifel darüber, daß in Rußland nur Urtheile solcher Staaten vollstreckt werden können, mit denen Verträge darüber geschlossen sind; die Vollstreckung soll nach den in den Verträgen festgestellten Regeln erfolgen. In der zweiten Hälfte des Art. 1273 ist gesagt: In den Fällen, wo in diesen Verträgen Bestimmungen über das Vollstreckungsverfahren fehlen, ist die in den nachstehenden Artikeln dargelegte Ordnung zu beobachten. Der buchstäbliche Sinn der ersten Hälfte des angeführten Artikels entspricht vollständig dem buchstäblichen Sinne der zweiten Hälfte, welche festsetzt, daß Urtheile aus solchen Staaten mit denen Verträge über Vollstreckung richterlicher Urtheile geschlossen worden sind, in welchen jedoch keine besonderen Regeln über das Verfahren selbst enthalten ist, in der im Art. 1274 festgesetzten Ordnung zu vollstrecken seien. Diesem buchstäblichen Sinne des Art. 1273 widerspricht die Interpretation, daß fremde Urtheile in Rußland zu vollstrecken seien, selbst wenn keine Verträge darüber abgeschlossen sind, denn im angeführten Artikel ist der Satz gar nicht enthalten, daß Urtheile fremder Staaten überhaupt zu vollstrecken seien. Wenn der

Gesetzgeber einen solchen Satz hätte aufstellen wollen, so hätte er denselben offenbar deutlich und klar formulirt, denn eine Regel von solcher Wichtigkeit darf nicht präsumirt werden, weil sie die Wirkung fremder richterlicher Urtheile über das Territorium des betreffenden Staates hinaus ausdehnt in die Grenzen des russischen Reichs. Wenn es für nothwendig erachtet worden ist, die Rechtsverbindlichkeit der Urtheile unserer Gerichte ausdrücklich auszusprechen, GPD. Art. 893, und im Art. 1267 die der Gerichte des Königreichs Polen und des Großfürstenthums Finnland, so ist es unmöglich anzunehmen, daß der Gesetzgeber es für überflüssig erachtet hätte, eine Bestimmung über die Rechtsverbindlichkeit der Vollstreckung richterlicher Urtheile aus fremden Staaten zu erlassen, wenn dieser Grundsatz akzeptirt worden wäre.

2) Beide streitenden Parteien gestehen zu, daß zwischen Rußland und der Türkei ein Vertrag nicht existire, daher kann auf vorliegenden Fall Art. 1273 nicht angewandt und die fragliche Entscheidung nicht vollstreckt werden.

3) Art. 1273 kann endlich auch deswegen hier keine Anwendung finden, weil es sich nicht um ein Urtheil eines fremden Gerichtes, sondern einer internationalen Kommission handelt. Aus der vorgestellten Urkunde ist ersichtlich, daß die Vertreter Rußlands, Italiens und der Türkei die Vereinbarung getroffen hatten, daß die Streitigkeiten zwischen den russischen Unterthanen Theodoridi, dem italienischen Unterthan Serafini und dem türkischen Murad Dghlu der Entscheidung einer gemischten Kommission überlassen werde, und die Entscheidung dem betreffenden Staate, dem der Verurtheilte angehöre, zur Vollstreckung zu übergeben sei. So beweist die Konvention, daß die Art der Vollstreckung des Urtheils in derselben vorgesehen sei.

Aus diesen Gründen wies der Odessaer Appellhof den Kläger ab. Mittelsst Kassationsgesuchs des Klägers kam die Sache an den Senat.

Der Senat findet, der Odessaer A. S. habe die Ausführung des Spruches abgelehnt: 1) weil nach Art. 1273 in Rußland Urtheile auswärtiger Gerichte nur dann zu vollstrecken seien, wenn darüber Verträge beständen, 2) weil Art. 1273 von der Vollstreckung gerichtlicher Urtheile spreche, es sich hier aber um den Spruch einer besonderen internationalen Kommission gehandelt habe. Diese beiden Gründe kann der Senat nicht als mit dem Wortlaute des Art. 1273 übereinstimmend anerkennen. Im Art. 1273 ist gar nicht erklärt, daß im Reiche nur solche Urtheile auswärtiger Gerichte vollstreckt werden können, mit deren Staaten hierüber Verträge abgeschlossen sind. Dieser Artikel stellt keine Beschränkung rücksichtlich der Vollstreckung von Urtheilen der Gerichte irgend welcher Staaten auf. Im Art. 1273 ist gesagt, daß die Urtheile von Gerichten fremder Staaten vollstreckt werden, auf Grund der Regeln, welche hierüber in den Verträgen enthalten sind; in den Fällen wo in denselben das Vollstreckungsverfahren nicht festgestellt ist, wird das im Art. 1274 u. folg. festgestellte Verfahren beobachtet. Der Wortlaut dieses Artikels zeigt, daß derselbe sich nur auf das Vollstreckungsverfahren auswärtiger richterlicher Urtheile bezieht und die Verträge hierüber erwähnt und selbigen den Vorzug vor den Regeln des Art. 1274 giebt. Dies wird bestätigt durch die Protokolle des Reichsraths. Als der Reichsrath diese Artikel berieth, so fand derselbe in Beziehung auf die Urtheile auswärtiger Gerichte, daß in den Verträgen hin und wieder Regeln über das Vollstreckungsverfahren gegeben würden und daß folglich im Gesetze erwähnt werden müsse, daß solche zu beobachten seien, wenn aber in den Verträgen hierüber nichts erwähnt sei, so bleibe nichts übrig, als sich an die im Gesetze aufgestellten Regeln zu halten (zitiert ist ein Protokoll des R. v. 1864 Nr. 44. S. 89). Aus diesen Worten, welche dem Art. 1273 zu Grunde gelegt seien, folge klar und deutlich, daß man durch diesen Artikel beabsichtigt habe, einzig das Vollstreckungsverfahren für

auswärtige richterliche Urtheile festzustellen. Daher kann man aus dem Art. 1273 den Satz nicht ableiten, in Rußland unterlägen der Vollstreckung richterliche Urtheile nicht aller fremden Staaten, sondern nur der mit denen hierüber Traktate und Verträge abgeschlossen seien. Eine solche Regel war von der Allerhöchst niedergesetzten Kommission für den Entwurf der Gerichtsordnungen projektirt worden (Art. 525. IV Buch des Projektes der Kommission, S. 216). Bei der Verathung im Reichsrath wurde diese Regel nicht in das Projekt aufgenommen und in der G.D. findet sich keine Beschränkung der Möglichkeit der Vollstreckung richterlicher Urtheile irgend welcher Staaten. Daher kann in Rußland das Urtheil eines auswärtigen Gerichts vollstreckt werden ganz unabhängig davon, in welchem Staate es ergangen ist, ob ein Vertrag existirt, welcher die Vollstreckung gestattet, ob in diesem Staate Urtheile russischer Gerichte vollstreckt werden. Es ist vielmehr von ganz anderen Bedingungen abhängig gemacht, es wird die Verfügung eines inländischen Gerichts verlangt; diese wird ertheilt, wenn das Urtheil nach den Gesetzen des Staates, in welchem es ergangen ist, vollstreckbar ist, wenn es keine Verfügungen enthält, welche der öffentlichen Ordnung oder den Gesetzen des Reichs zuwiderlaufen, und wenn in demselben keine Verfügung über ein in Rußland belegenes Immobil enthalten ist.

Wenn der Odeßauer Appellhof die Ansicht ausgesprochen hat, eine so wichtige Regel, wie die der Zwangsvollstreckung fremder Urtheile, hätte der Gesetzgeber, wenn er sie beabsichtigt hätte, ausdrücklich ausgesprochen, um so mehr als der Gesetzgeber es für nöthig gehalten habe, die Vollstreckbarkeit der Urtheile fremder einheimischer in Art. 893 der G.D. sowie der Gerichte des Königreichs Polen und des Großfürstenthums Finnland in Art. 1267, ausdrücklich festzustellen, so beruht diese Ansicht auf einer unrichtigen Auslegung der Gesetzesartikel. Die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung der

Gerichtsurtheile aller Staaten in Rußland ist positiv und deutlich in der G.D. ausgesprochen. Die allgemeine Regel hierüber ist im Art. 1274 enthalten, welcher bestimmt, daß die Urtheile auswärtiger Gerichte im Reiche vollstreckt werden mit Genehmigung eines Gerichtes des Reiches. Dieser Charakter des Art. 1274 tritt besonders deutlich hervor, wenn man denselben mit dem Art. 1267 vergleicht, welcher dasselbe für die Urtheile finnländischer und polnischer Gerichte feststellt. Die Redaktion beider Artikel ist eine vollkommen gleiche. Wenn daher Art. 1267 die Bedeutung hat, daß durch ihn die Möglichkeit der Vollstreckung der Urtheile polnischer und finnländischer Gerichte festgestellt worden ist, so wird durch den in denselben Ausdrücken abgefaßten Artikel 1274, die gleiche Regel für die Urtheile auswärtiger Gerichte ausgesprochen. Wenn dagegen Art. 1274 eine solche Bedeutung abgesprochen werden muß, dann kann auch der Art. 1267 die entsprechende Bedeutung für Urtheile polnischer und finnländischer Gerichte nicht haben, was nicht zugegeben werden kann, weil kein anderes Gesetz vorhanden ist, welches die Ausführung dieser Urtheile im Reiche gestattet. Die Regel über die Vollstreckbarkeit der Urtheile auswärtiger, polnischer und finnländischer Gerichte im Reiche konnte aber nicht in derselben Weise ausgedrückt werden, wie diejenige über die Vollstreckung der Urtheile russischer Gerichte, auf welche der D.H. hinweist, denn diese sind vollstreckbar, weil sie rechtskräftig geworden sind, jene aber nur deswegen, weil die Zwangsvollstreckung durch eine Verfügung eines russischen Gerichtes genehmigt worden ist. Alle diese Erwägungen führen zur Schlußfolgerung, alle Ausführungen des Odeßer A.H. über die Frage, ob in Rußland Urtheile von Gerichten solcher Staaten, mit denen keine Verträge darüber geschlossen worden sind, vollstreckt werden können, seien unrichtig.

Auch das von dem Odeßer A.H. angeführte zweite Motiv, es liege kein Urtheil eines Gerichtes, sondern einer internatio-

nenalcn Kommission vor, erweist sich als ebenso unrichtig. Der Senat findet keinen Grund die Art. 1273, 1274 und folg. der GPD. nur in dem Sinne zu interpretiren, daß in ihnen nur Urtheile ständiger Gerichte vorgesehen sind und sie sich nicht erstrecken auf Urtheile eines Schiedsgerichts und überhaupt zeitweiliger Gerichte, welche nur für eine Sache errichtet werden. Das Urtheil eines Schiedsgerichts oder eines in festgestellter Ordnung zur Verhandlung einer bestimmten Sache errichteten Gerichtes, ist ein richterliches Urtheil, welches die gleiche Kraft hat, wie die Urtheile ständiger Gerichte. Wo kein Unterschied besteht in der Rechtsverbindlichkeit, da kann kein Unterschied bestehen für die Vollstreckbarkeit. Art. 1395 der GPD. macht keinen Unterschied bei der Zwangsvollstreckung von Urtheilen ständiger Gerichte und Schiedsrichter, welche in gesetzlicher Ordnung zur Entscheidung einer bestimmten Sache gewählt sind. In Anbetracht des Obenangeführten erscheint es zweifellos, daß die Artt. 1273, 1274 und ff. der GPD. sich auf alle Urtheile erstrecken, welche nach den Gesetzen des Staates, in dem sie ergangen sind, als richterliche Urtheile anerkannt werden und der Zwangsvollstreckung unterliegen, ohne Unterschied ob es ein Urtheil sei eines ständigen Gerichts, oder einer ausnahmsweise ad hoc niedergesetzten Behörde, wenn letzterer nur in gesetzlicher Ordnung die richterliche Gewalt übertragen ist.

Was endlich das Motiv des Odeßauer A.H. betrifft, daß in der Urkunde vom 15. Januar 1868 über die Errichtung der Kommission zur Verhandlung des Streites, die Vollstreckung der Entscheidung dieser Kommission vorgesehen und bestimmt sei, so kann auch hierin ein Hinderniß zur Anwendung der Art. 1274 und ff. der GPD. nicht gesehen werden. Diese Urkunde darf nicht zu den Verträgen und Konventionen gezählt werden, von denen im Art. 1273 die Rede ist und welche die Anwendung der Art. 1274 und ff. auf das Urtheil ausschließen. Art. 1273 faßt ins Auge solche Vereinbarungen fremder Staaten

mit Rußland, welche die Vollstreckung der Urtheile auswärtiger Gerichte bestimmen. In der Urkunde vom 15. Januar 1868 ist nur der Staat bezeichnet worden, welchem die Vollstreckung übertragen sei, es ist also nur vorgesehen die Vollstreckung auf dem Territorium dieses Staates, nicht aber ist bestimmt worden die Ordnung der Vollstreckung im Allgemeinen und das Verfahren im Besonderen, falls das Urtheil vollstreckt werden soll auf einem Territorium, welches dem vollstreckenden Staate nicht unterworfen ist. Wenn nun diese Urkunde keine Regeln über das Vollstreckungsverfahren in Rußland enthält, so müssen kraft des Art. 1273 die Art. 1274 und ff. der GPD. Anwendung finden. Aus den angeführten Gründen und da der Senat findet, daß der Odeßsae A. G. den direkten Sinn des Art. 1273 der GPD. verletzt habe, entscheidet der Senat: Das Urtheil des Odeßsae A. G. aufzuheben und die Sache der Entscheidung des Charkower A. G. zu übertragen.

Diese Kassationsentscheidung ist, wie erwähnt, vom Dir. Senat selbst, in Bezug auf die in derselben ausgesprochene Aufassung des Art. 1273, für unhaltbar erklärt worden. Trotzdem ist die Entscheidung an und für sich vollkommen gerecht und gesetzlich, nur die Begründung ist völlig unhaltbar, da sie das Gesetz in direktem Widerspruch mit seinem Wortlaute interpretirt und die naheliegenden, wirklichen und gesetzlichen Gründe zur Aufhebung des Urtheils übersieht. In der Entscheidung des Odeßsae A. G. liegt die Sache umgekehrt: die Abweisung des auf Vollstreckung gestellten Antrags ist unberechtigt, aber der Art. 1273 der GPD. ist zweifellos richtig interpretirt; dieser Artikel konnte auf diese Sache keine Anwendung finden. Unhaltbar sind dagegen die vom A. G. sub 3 angeführten Motive. Der D. A. G. ist rasch bei der Hand mit der Schlußfolgerung: eine internationale Kommission ist kein Gericht, nach den neuen Prozeßordnungen haben nur Gerichte und keine Kommissionen Recht zu sprechen; hat unsere Gesandtschaft einen Vertrag geschlossen,

zu dem sie nicht berechtigt war, da er einer Kommission die Fällung eines Urtheils übertrug, mag sie zusehen, wie sie ihrer Verbindlichkeit nachkommt! Allein zu solch einer ablehnenden Haltung war das Gericht nicht berechtigt. Es hat versäumt das Gesetz zu konsultiren, es hat daher ganz übersehen, daß in der Türkei unsere Botschaft die Jurisdiktion über die dort lebenden Russen auszuüben hat und daß die Thätigkeit der Botschaft in dieser Beziehung nicht nach der GPD. von 1864, sondern nach den früheren Gesetzen zu beurtheilen ist. Das Handelsrecht sagt darüber: Art. 2145. „Zur Entscheidung der Streitigkeiten zwischen russischen Unterthanen, welche in der Levante Handel treiben, sollen durch die Botschaft in Konstantinopel Kommissionen niedergesetzt werden, deren Verfahren unmittelbar unter der Aufsicht des russischen Botschafters bei der Ottomannischen Pforte steht“ Art. 2148. „Die Appellation gegen Entscheidungen solcher Kommissionen in Sachen zwischen russischen Unterthanen und zwischen russischen Unterthanen und Ausländern geht an das 2. (alte) Departement des Senats“ Im vorliegenden Falle handelte es sich jedoch nicht allein um einen Streit zwischen russischen Unterthanen, sondern zwischen russischen, italienischen und türkischen Unterthanen. Das Forum des Beklagten konnte nicht den Ausschlag geben, da jeder zugleich Kläger und Beklagter war. Jede der Regierungen war daher berechtigt die Jurisdiktion zu beanspruchen. Hier war eine internationale Kommission der einzig mögliche Ausweg. Die Niederlegung einer solchen war aber auch der einzig gesetzliche Ausweg. Das russische Recht hat von jeher, bis zur GPD. v. 1864, ähnliche Konflikte durch Niederlegung gemischter Gerichte (смѣнные суды) gelöst. Nach der alten Prozeßordnung wurden Streitigkeiten, bei denen Stadtbürger und Edelleute theiligt waren, durch gemischte Kommissionen der Kreisgerichte und Magistrate entschieden. (Gouvernementsverfassung, 4020—22 4531 und 4532. Reichsgesetzbuch Bd. II. Außg. v. 1857). Die

CPD. v. 1864 kennt diesen Grundsatz freilich nicht, aber sie kennt auch nicht die Jurisdiktion der Konsuln und des Votschafters in der Levante. Die internationale Kommission war also nach russischem Recht vollkommen zuständig, in dieser Sache Recht zu sprechen. Da dieser Kommission außerdem, durch die ausdrückliche Zustimmung der streitenden Parteien, der Charakter eines Schiedsgerichts beigelegt worden war, was auch der Senat anerkennt, so muß auch der Ausschluß des Appellationsrechts nicht nur nach früherem Rechte, sondern auch nach der CPD. von 1864 als vollkommen zulässig bezeichnet werden. Jedenfalls war die achttägige Anmeldefrist für die Einlegung der Appellation unbenutzt verstrichen, das Urtheil war rechtskräftig geworden und unterlag in Rußland der Zwangsvollstreckung, als das Urtheil eines Gerichts, welches nach russischem Recht in der Sache zuständig war. Freilich begingen die Kläger den Fehler sich auf den Art. 1273 der CPD. zu berufen, sie mußten sich auf Art. 893 berufen. Allein *jura novit curia*, der Odeßsaer A. G. war verpflichtet, das entsprechende Gesetz anzuwenden, und da er das nicht gethan hatte, litt sein Urtheil an einer Nichtigkeit und mußte kassirt werden. Wie wir wissen hat der Senat das auch gethan, jedoch aus völlig unzulässigen Gründen.

Es macht einen eigenthümlichen Eindruck, wenn man liest, mit welcher Schärfe der Senat die völlig richtige Interpretation des Art. 1273, welche der Odeßsaer Appellhof gegeben hatte, als unrichtig bezeichnet und demselben vorwirft den direkten Sinn des Art. 1273 verletzt zu haben, dagegen seine eigene, unrichtige Interpretation als klar und deutlich hinstellt, ja schließlich so weit geht zu behaupten: „wenn dem Art. 1274 eine solche Bedeutung abgesprochen werde, dann könne auch der Art. 1267“ — welcher die Ausführung von Urtheilen polnischer und finnländischer Gerichte vorschreibt — „die entsprechende Bedeutung nicht haben“ — und dann 10 Jahre später mit derselben Schärfe die von ihm selbst gegebene Interpretation als völlig unbegrün-

det zurückweist und über den Umstand, daß er selbst diese unrichtige Interpretation aufgestellt habe, leicht hinweggeht. Noch eigenthümlicher ist es, daß der Senat ganz richtig heraus findet, daß die Entscheidung des Odeßauer Appellhofes, durch welche das Urtheil der internationalen Kommission, als einer inkompetenten Behörde beseitigt wird, falsch ist, daß aber dieser wirkliche und einzige Kassationsgrund nur in zweiter Linie und mehr beiläufig erwähnt wird, und zwar weil der Senat sich nicht an die Quellen, an das Gesetz gehalten, sondern sich ohne dieselben mit logischer Schlußfolgerung und Analogie beholfen hat, sonst wäre es ihm nicht passiert, daß er schließlich auf die Vollstreckung von Urtheilen gesetzlich errichteter außerordentlicher Gerichte, die der Sachlage nach als inländische zu betrachten und nach dem früheren Recht zu beurtheilen waren, die Regeln über Vollstreckung ausländischer Urtheile, und nicht die über die Vollstreckung inländischer anzuwenden befiehlt. Am Auffallendsten ist es, daß es den Anschein hat, als ob bei der Abfassung dieser Kassations-Entscheidung die ausführlichen Protokolle des Reichsraths, aus welchen allein mit absoluter Evidenz die Absicht des Gesetzgebers bei Abfassung des Gesetzes nachgewiesen werden kann und im Jahre 1882 vom Senat nachgewiesen worden ist, eingesehen wurden, wie daraus hervorgeht, daß dieselben nach Nr. und Seite citirt werden, und man doch das Entgegengesetzte von dem heraus laß, was, wie wir jetzt wissen, drin steht. Es erklärt sich dieses daraus, daß die Nr. und Seiten wol citirt, aber dieses Zitat einfach aus der oben erwähnten Ausgabe der Reichskanzlei, abgeschrieben ist und die Original-Protokolle damals dem Dir. Senate gar nicht vorgelegen haben.

Die Möglichkeit, daß ein an und für sich richtiges Urtheil durch völlig unhaltbare Entscheidungsgründe motivirt wird und die wirklichen völlig übersehen werden, erklärt sich aus der Art und Weise, wie bei uns in Rußland richterliche Urtheile zu Stande kommen.

Die GPD. schreibt vor, daß das Urtheil sofort nach der mündlichen Schlußverhandlung gefällt und in derselben Sitzung das Wesentliche desselben (сущность рѣшенія) öffentlich verkündigt werden soll, und daß für Ausfertigung des motivirten Urtheils eine zweiwöchentliche Frist angesetzt ist. Für die geheime Verhandlung der Richter ist noch vorgeschrieben, daß der Präsident die nöthigen, den Anträgen der Parteien zu entnehmenden Fragen zu stellen hat, durch deren Beantwortung das Urtheil gefällt wird. Sonderbarer Weise ist im Civilproceß, wo die Parteien absolut frei über den dem Gericht vorzulegenden Rechtsstoff verfügen, denselben gar kein Antheil an der Formulirung dieser Fragen, gar keine Möglichkeit ihre Formulirung auch nur nachträglich kennen zu lernen, gegeben. Durch diese Formulirung kann aber die Entscheidung präjudizirt werden. Unter dem „Wesentlichen des Urtheils“ versteht die Praxis der russischen Gerichte die nackten verba decisiva des Urtheils, ohne jede auch die entfernteste Andeutung irgend welcher Motive. Unterzeichneter hat der Verhandlung von Civilsachen beigewohnt, und wenn das Gericht, nachdem es nach Schluß der Verhandlung sich zur geheimen Berathung zurückzog, ohne daß die Zuhörer wußten, wie es die streitigen Fragen auffasse, wie es dieselben formulire, zurückkehrte und nun plötzlich der Spruch ohne jede leiseste Motivirung erfolgte: A. sind 3464 Rubel zugesprochen! so machte das auf die Anwesenden jedesmal den Eindruck, als habe man einen Schlag auf den Kopf erhalten, von dem man wol betäubt und frappirt, aber nicht überzeugt wurde.

Diese Praxis, in der sogenannten Resolution einzig und allein den Schluß des Urtheils festzustellen, ohne die Motive auch nur anzudeuten, ist unbedingt zu verwerfen, erstens, weil sie gar keine Art hat und zweitens, weil sie nur schädlich auf die Urtheilsfällung wirken kann. Die Richter sind, so zu sagen, doch auch Menschen, und werden wie Alle, stets suchen sich das Leben möglichst bequem zu machen. Wenn daher das Gesetz,

oder die durch eifrige Kollegen oder einen umsichtigen und energischen Präsidenten festgehaltene Praxis, nicht unbedingt verlangen, es solle über die Motive des zu fällenden Urtheils diskutiert werden, so wird der Bequeme sich diese Mühe ersparen; zudem sind die Gerichte überhäuft, je rascher das Urtheil gefällt wird, desto größere Tüchtigkeit scheint das Gericht zu dokumentiren. Die Gerichte sind oft förmlich gezwungen, die Sache übers Knie zu brechen. Wenn die Möglichkeit überhaupt vorliegt, sich nicht bei den Motiven aufzuhalten, sondern sofort einfach darüber abzustimmen: soll man dem A. 3464 R. zuerkennen? so stimmen die 5 Glieder ja, aber jeder aus anderen, vielleicht einander ausschließenden Gründen. Das einfache „ja“ deckt die Verschiedenheiten, eine Diskussion über die Motive hätte sie ans Licht gebracht. Bei dem bestehenden Verfahren verläßt sich jeder auf den Kollegen der das Urtheil zu motiviren haben wird, der werde schon die Motive herbeischaffen. Jeder der die Verhältnisse kennt wird zugeben, daß solche Fälle möglich sind. Von zuverlässiger Seite ist uns mitgetheilt worden, es sei in einem Bezirksgericht vorgekommen, daß bei der nachträglichen Ausfertigung des motivirten Urtheils, die ursprüngliche Resolution umgestoßen werden mußte, weil sie sich absolut nicht motiviren ließ.

Das Original, wenn auch nicht das einzige, nach welchem die russische GPD. gearbeitet ist, ist der französische Code de procédure civile. Wenn unsere Prozeßordnung auch vom Original vielfach abweicht, ja hin und wieder zu ihrem Vortheil, so erreicht sie doch, wie eine Kopie das eben nicht kann, das Original nicht, erweist sich in vieler Hinsicht als eine schlechte Kopie, und zwar weil sie es versäumt hat, mit dem französischen Code zugleich auch das Wesentliche der französischen jurisprudence, die Resultate einer consequenten nach Jahrhunderten zählenden großartigen Praxis mit herüberzunehmen und weil man das Wesen des Code, das mündliche Verfahren überhaupt nicht begriffen hat. Der Code ist nicht erdacht, nicht nach

abstrakten Prinzipien gemacht, wie unser Prozeß, nicht aus fremdem Boden herübergebracht, nicht dem Hörensagen nachgesprochen. Bei seiner Abfassung ist das alte, tiefgewurzelte Recht und eine reich entwickelte jurisprudence zu Grunde gelegt, welche durch eine konsequente Praxis und eine sorgfältig hochgehaltene Tradition aufrechterhalten und fortentwickelt wird, so daß die einzelnen Artikel des Gesetzbuches von einem ganzen System feststehender Rechtsbegriffe, Interpretationen, Traditionen und Gebräuchen umgeben sind, welche vielfach in ergänzenden Gesetzen und Verordnungen feste Form gefunden haben. So hat jeder Artikel, jedes Wort seine ganz bestimmte Bedeutung, seinen feststehenden Sinn, den jeder Jurist kennen muß und von dem abzuweichen niemandem einfällt, wenn auch der gewöhnliche Wortsinne oder der logische Bau des Art. für gewöhnlich eine verschiedene Auffassung zuließe. Ein Jurist, der es unternehmen würde, einen Satz, gegen die feststehende Auffassung, nach der im gewöhnlichen Leben gäng und gäben, nach dem abstrakten Wortlaut zu interpretiren, würde sich einfach lächerlich machen.

Obwohl im Code de procédure civile, für die Protokollirung des sofort mündlich zu verkündenden Urtheils, keinerlei ausführliche Regeln gegeben sind (cf. Art. 138) und es feststeht, daß dieselbe (*minute, plunitif*) keinesweges Alles zu enthalten braucht wie das ausführlich redigirte Urtheil, so fällt es keinem französischen Juristen ein, es könne möglich sein ein Urtheil ohne kurze Andeutung der Entscheidungsgründe zu verkünden. Wenn man einem französischen Juristen erzählen würde, daß es in Europa ein Land gebe, wo man die unmittelbar nach der Verhandlung gefällten Urtheile ohne Hinweis auf Entscheidungsgründe publizire, weil über eine solche logische Nothwendigkeit keine ausdrückliche Vorschrift existire, so würde er ausrufen: *Mais est ce qu'il n'y a donc pas de jurisprudence dans ce pays là ?!*

In unserem Falle könnte man sich gesagt haben, behält es sein Bewenden bei dem Urtheile des Odeffaer Appellhofes, so

kommen die Theodoridi offenbar um ihr gutes Recht, man muß also das Urtheil kassiren, wenn man irgend einen Nichtigkeitsgrund findet. Nach diesem Grunde suchte man nicht im Handelsrecht, sondern in der Prozeßordnung, die bei der Hand war. Man sagte sich wol auch, der Senat hat ja das Interpretationsrecht! Dazu kam eine eigenthümliche Verwickelung. Die Rechtspflege in der Türkei ist bekannt, der Fremde kommt uur schwer zu seinem Recht gegen den Muselmann. Seinerzeit hat das zu den Kapitulationen und der Verleihung der Gerichtsbarkeit an Konsuln und Gesandte über ihre Heimathsgenossen geführt. Diesmal war es gelungen eine Vereinbarung zu Stande zu bringen und offenbar mit einem Seitenblick auf die Türkei und deren bekannte unerschöpfliche Kunst in Weiterungen war stipulirt worden, der betreffende Staat, dessen Unterthan verurtheilt werden würde, sei gehalten, den gefällten Spruch unweigerlich zu vollstrecken. Nun erwies es sich plötzlich: der zur Zahlung verurtheilte Türke hatte sich in Odessa niedergelassen, die Türkei konnte gegen ihn nichts machen, und russische Gerichte schützten ihn gegen die wohlbegründeten und jedenfalls rechtskräftigen Ansprüche russischer Unterthanen. Man kann sich vorstellen mit welch' höhnischer Schadenfreude die türkische Regierung erklärt haben mag: wir sind gern bereit das Urtheil zu vollstrecken, aber wir können nicht! Eure, wie ihr sagt, unabhängigen Gerichte weigern sich! Es wird wol mit dem Recht nicht ganz so bestellt gewesen sein, wie ihr uns zu überzeugen gesucht habt, wenn eure eigenen Gerichte einen Muselmann gegen einen Russen schützen! Die Lage war geradezu unerträglich: nicht die Willkür der türkischen Regierung, sondern unsere eigenen, nach europäischem Muster organisirten Gerichte sprechen einem russischen Unterthan sein unzweifelhaftes, durch rechtskräftiges richterliches Urtheil anerkanntes Recht zu Gunsten eines gewandten Muselmanns ab!

Diesem Zustande mußte ein Ende gemacht werden und wir haben darauf hingewiesen, wie das in vollkommen gesetzlicher

Weise hätte geschehen können. Leider geschah es ohne die Gesetze, welche den Fall deutlich und klar erledigten, zu konsultiren, indem man ein nicht auf den Fall anwendbares Gesetz, welches nahe zu liegen schien, durch eine unrichtige Interpretation zu einem naheliegenden machte. Hierdurch wurde eine wider das Gesetz erlassene Interpretation in die Praxis eingeführt, bis endlich 10 Jahre später der Senat die ganze von ihm eingeführte falsche Interpretation wieder umstieß, wobei er jedoch Anlaß nahm eine an und für sich richtige Entscheidung des moskauer Appellhofes, welcher sich jener falschen Interpretation und der aus derselben fließenden Praxis nicht unterworfen hatte, aus wenig stichhaltigen Gründen aufzuheben, und dann erst des Breiteren seine eigene falsche Theorie zu widerlegen. Diese zweite Kassationsentscheidung ist datirt vom 27. Januar und 17. März 1882 und lautet folgendermaßen:

Am 20. Juni 1877 beantragte der Bevollmächtigte des französischen Unterthans Adam beim moskauer Bezirksgericht die Beitreibung einer vom Civilgericht des Departements der Seine am 10. April 1872 seinem Mandanten zugesprochenen Summe von 78599 fr. = 23807 R. vom wStN. Schipow in Moskau. Das BG. fand, daß in der Beglaubigung des russischen Generalkonsuls in Paris nicht vermerkt sei, dieses Urtheil sei vollstreckbar, wie das Art. 1276 der GPD. vorschreibe und wies das Gesuch ab. Auf die Beschwerde hierüber erging ein Bescheid des Appellhofes, welcher vom Senat am 25. Juni 1880 aufgehoben wurde unter Hinweis darauf, daß, obwohl der moskauer A. G. aus dem Art. 1273 der GPD. folgere, Urtheile auswärtiger Gerichte können nur dann in Rußland vollstreckt werden, wenn darüber ein Vertrag zwischen den betreffenden Staaten bestehe, sowie daß die Artt. 1274—1281 der GPD. nur dann Anwendung finden könnten, wenn im betreffenden Vertrage keine Bestimmungen über das Verfahren der Zwangsvollstreckung enthalten seien, und da zwischen Frankreich und Rußland kein solcher Vertrag bestehe,

das Gesuch abgewiesen habe, — eine solche Bestimmung im Art. 1273 nicht enthalten sei. In diesem Art. sei nur erklärt, daß Urtheile von Gerichten fremder Staaten vollzogen würden nach den Regeln, welche darüber in den Verträgen enthalten seien und in den Fällen, wo in denselben das Vollstreckungsverfahren selbst nicht festgestellt werde, das in den Artt. 1274—1281 angeführte Verfahren zu beobachten sei. Da der Senat wiederholt erklärt hat, daß die Gerichte jeden Streit über Privatrechte auf Grund desjenigen Gesetzes zu entscheiden hätten, durch welches das Recht festgestellt und geschützt wird, so durfte der A. S. diesen Streit über die Zwangsvollstreckung des Urtheils eines Gerichts der franz. Republik, mit der kein Vertrag über Urtheilsvollstreckung abgeschlossen ist, nicht auf Grund der Gesetze entscheiden, welche die Urtheilsvollstreckung für die Fälle regeln, wo solche Verträge abgeschlossen sind. Wenn der A. S. fand, daß es unmöglich sei, sich auf den genauen Sinn eines geltenden Gesetzes zu berufen, so durfte er sich nicht darauf beschränken den Art. 1273 zu citiren, sondern mußte auf Grund von Art. 9 der C. P. D. sein Urtheil auf den allgemeinen Sinn der Gesetze gründen; indem er aber die streitige Frage ausschließlich auf Grund des Art. 1273 d. C. P. D. entschied, welcher ganz andere Fälle vorsieht, so hat der A. S. diesen Art. verlegt. Das II. Departement des moskauer A. S., welchem die Sache vom Senat zu nochmaliger Entscheidung übergeben wurde, fand, wesentlich auf Grund der in der Entscheidung ausführlich widerholten Motive des Senats, daß aus dem allgemeinen Sinne der geltenden Gesetze mit der meisten Folgerichtigkeit nur das geschlossen werden könne, daß Urtheile von Gerichten fremder Staaten ein besonderes Vertrauen des Gesetzgebers bei uns nicht genöffen, und daß ihnen durch unsere Gesetze selbst keinerlei rechtsverbindliche Kraft ertheilt werde, denn: 1) sogar die richterlichen Urtheile von Staaten, mit denen Verträge über die Urtheilsvollstreckung abgeschlossen sind, werden auf Grund von Art. 1274 und ff. der C. P. D. nicht

an und für sich, sondern nur dann vollstreckt, wenn solches von einem Gerichte des (russischen) Reiches genehmigt wird, und wenn sie keine Verfügungen enthalten, welche der öffentlichen Ordnung widersprechen, oder nach den Gesetzen des Reiches unzulässig sind; 2) sogar die Urtheile der Gerichte des Königreichs Polen und des Großfürstenthums Finnland werden nur unter den gleichen Voraussetzungen vollstreckt; endlich 3) Urtheile von Gerichten auswärtiger Staaten, werden nicht vollstreckt und haben keine Rechtsverbindlichkeit im Reiche, wenn durch sie Streitigkeiten über das Eigenthum an Immobilien, welche in Rußland belegen sind, entschieden werden. Aus der Gesamtheit aller angeführten und der Abwesenheit sonstiger positiver gesetzlicher Bestimmungen muß geschlossen werden, daß nach dem allgemeinen Sinn unserer Gesetze Urtheile von Gerichten auswärtiger Staaten, mit denen keine Verträge und Konventionen darüber abgeschlossen sind, überhaupt keiner Zwangsvollstreckung unterliegen und keinerlei rechtsverbindliche Kraft haben, wenn sie sich auch nicht auf Immobilien in Rußland beziehen und keinerlei den russischen Gesetzen und der öffentlichen Ordnung widersprechende Verfügungen enthalten. In Anbetracht dieses Allen wies der A. H. die Beschwerde auf Grund des Art. 9 der GPD. ab und hielt die vom Bezirksgerichte verfügte Abweisung des Antrags auf Zwangsvollstreckung aufrecht. In dem gegen diese Entscheidung eingereichten Kassationsgesuch, beantragt der Rechtsanwalt des Klägers, Tanejew, die Aufhebung derselben, weil sie eine Verletzung und unrichtige Auslegung der Artt. 1273—1281 und des Art. 9 der GPD., da im Gesetze kein direktes Verbot der Zwangsvollstreckung von Urtheilen auswärtiger Staaten sich finde, endlich der Artt. 813 und 815 der GPD. enthalte, da sie der Interpretation des Art. 1273 in der Kassationsentscheidung des Senats in Sachen der Theodoridi im Jahre 1873 widerspreche.

Nach Anhörung des Gutachtens des Prokureurs findet der Senat vor Allem, daß die Behauptung, es seien Artt. 813,

815, 1273—1281 der GPD. verletzt worden, keine Beachtung verdiene. Der A. H. konnte die Art. 1273—1281 nicht verletzen, weil er seine Entscheidung nach Art. 9 auf den allgemeinen Sinn der Gesetze basire. In dieser Beziehung hat der A. H. sich vollständig durch den Hinweis leiten lassen, welchen der Senat im Ukase, durch welchen diese Sache demselben zur Entscheidung überwiesen wurde, gegeben habe. Was die Entscheidung in Sachen Theodoridi (1873 Nr. 1711) betreffe, so habe der Senat in der That aus den Artt. 1273 und 1281 der GPD. die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung in Rußland richterlicher Urtheile auch solcher Staaten, mit denen keine Verträge über die Zwangsvollstreckung abgeschlossen sind, gefolgert, wie aber das aus dem angeführten Ukase vom Jahre 1880 in dieser selben Sache hervorgehe, sei der Senat von solcher Anschauung abgewichen, denn er habe positiv anerkannt, daß der Art. 1273 sich gar nicht auf Urtheile solcher Staaten beziehe, mit denen keine Konvention abgeschlossen sei. Nach dem Ukase von 1880, durfte der Appellhof die Entscheidung in Sachen Theodoridi nicht weiter zur Anleitung nehmen, sondern war verpflichtet, sich dem Ukase von 1880 unterzuordnen und hat daher nicht nur nicht die Art. 813 und 815 der GPD. verletzt, sondern ist genau auf Grundlage dieser Gesetze verfahren. Was die Hauptfrage betrifft, ob man aus dem allgemeinen Sinn unserer Gesetze folgern könne, daß richterliche Urtheile aus Staaten, mit denen keine Konventionen darüber abgeschlossen sind, in Rußland keiner Zwangsvollstreckung unterliegen, so findet der Senat, daß, da hierüber im Gesetze keine positive Genehmigung der Zwangsvollstreckung enthalten sei, die Nichtvollstreckbarkeit derselben schon aus dem Grundsatz folge, nach welchem in Rußland Kraft und Wirkung nur haben könnten Urtheile, welche von solchen Behörden ausgingen, denen das Recht der Urtheilsfällung von der russischen Staatsgewalt übertragen sei. Hieraus folge, daß Urtheile auswärtiger Gerichte, welche nicht im Namen und Auftrage der russischen Staats-

gewalt thätig seien, an und für sich in Rußland keinerlei Bedeutung haben könnten, wenn denselben nicht eine solche Bedeutung durch irgend eine Handlung der russischen Staatsgewalt, d. h. entweder durch ein in Rußland geltendes Gesetz, oder einen mit einem auswärtigen Staate abgeschlossenen Vertrag beigelegt werde. Da nun ein solches Gesetz nicht besteht, so unterliegen Urtheile eines Staates, mit dem keine Konvention abgeschlossen ist, ebenso wenig der Zwangsvollstreckung in Rußland, wie aller Art Administrativmaßregeln, welche von auswärtiger Obrigkeit ausgehen. Zudem erscheint in Fragen des Völkerrechts als Grundprinzip die Gegenseitigkeit. Offenbar liegt kein Grund vor, ja wäre es dem Begriff der Unabhängigkeit des Staates zuwider, Urtheile, die von Gerichten fremder Staaten gegen seine Unterthanen gefällt werden, zu vollstrecken, wenn in diesen letzteren Urtheile seiner Gerichte gegen deren Unterthanen nicht ausgeführt werden. Daß dieses Prinzip auch von unserer Gesetzgebung durchgeführt wird, zeigt die Entstehungsgeschichte des Art. 1273 und ff. d. GPD.

Im ursprünglichen Entwurfe der GPD. waren die Regeln über die Zwangsvollstreckung auswärtiger richterlicher Urtheile in demselben Kapitel mit den Regeln über Zwangsvollstreckung der Urtheile von Gerichten des Königreichs Polen und des Großfürstenthums Sinnenland enthalten. Es war einfach bestimmt, daß diese letzteren Regeln Anwendung finden sollten auf Urtheile von Gerichten solcher Staaten, in denen auf Grundlage von Verträgen oder Gesetzen Urtheile russischer Gerichte vollstreckt würden. Bei der Verathung dieser Regeln in den vereinigten Departements des Reichsraths wurde für unumgänglich erachtet, dieselben in zwei Kapitel zu theilen. Diese Kapitel stimmten übrigens fast wörtlich überein, einzig mit dem Unterschiede, daß, abgesehen von der unbedingten Unvollstreckbarkeit auswärtiger richterlicher Urtheile über Immobilien, welche in Rußland gelegen sind, alle Urtheile von Gerichten des Königreichs

Polen und des Großfürstenthums Finnland unbedingt der Zwangsvollstreckung unterlagen, wenn die Genehmigung eines Gerichts des Reichs erfolgte, während in Beziehung auf die ersten bestimmt war: Urtheile von Gerichten auswärtiger Staaten werden vollstreckt, nach den Regeln, welche darüber in Verträgen oder Konventionen festgestellt sind, in den Fällen aber, wo keine Verträge vorhanden sind, werden die folgenden Regeln beobachtet. In dieser Form wurde der Artikel an die Allgemeine Versammlung des Reichsraths gebracht. Es unterliegt also keinem Zweifel, daß nach der ursprünglichen Ansicht der vereinigten Departements des Reichsraths beabsichtigt war, die Zwangsvollstreckung richterlicher Urtheile aller auswärtiger Staaten zuzulassen, auch derjenigen, mit welchen keine Verträge darüber geschlossen waren und welche selbst eine Zwangsvollstreckung von Urtheilen russischer Gerichte nicht zuließen, wobei das Vollstreckungsverfahren für die richterlichen Urtheile von Staaten, mit denen Verträge geschlossen waren, im Art. 526 bestimmt war und Artt. 527 ff. sich auf die Urtheile von Gerichten solcher Staaten bezogen, wo keine Verträge bestanden. Vor definitiver Bestätigung der GPD. wurde jedoch über diese Sache ein Gutachten des Ministerium des Auswärtigen einverlangt, in welchem das Ministerium auf die Unzuträglichkeit (неудобство) hinwies, die Zwangsvollstreckung richterlicher Urtheile solcher Staaten in Rußland zuzulassen, mit denen über dieselbe keine Verträge oder Konventionen geschlossen seien und in denen den Urtheilen russischer Gerichte nicht die geringste Bedeutung zuerkannt werde, und beantragte, den Artikel dahin abzuändern, daß derselbe sich nicht auf Staaten bezöge, mit denen keine Verträge über Zwangsvollstreckung geschlossen seien, sondern auf solche mit welchen eine Zwangsvollstreckung zwar vereinbart, jedoch das Verfahren nicht festgestellt worden sei. In der am 20. November 1864 Allerhöchst bestätigten GPD. ist der betreffende Artikel (1273) in dieser veränderten Form enthalten; es sind die Worte: „in den Fällen

wo keine Verträge vorhanden sind" ersetzt durch den Satz: „in den Fällen, wo in ihnen die Regeln des Vollstreckungsverfahrens nicht festgestellt sind, wird das Verfahren beobachtet, welches in den folgenden Artikeln auseinandergesetzt ist" Diese Abänderung gestattete keine Zweifel: 1) daß der Art. 1273, wie das schon vom Senat im Ukase vom 25. Juni 1880 anerkannt ist, sich ausschließlich auf Staaten bezieht, mit denen Verträge über die Zwangsvollstreckung richterlicher Urtheile abgeschlossen worden sind, folglich stellen auch Art. 1274 ff. das Vollstreckungsverfahren nur für Urtheile von Gerichten solcher Staaten fest, wo in den Verträgen das Vollstreckungsverfahren nicht bestimmt ist; 2) daß der Gesetzgeber, indem er das Princip der Gegenseitigkeit bei der Zwangsvollstreckung richterlicher Urtheile in der unbegrenzten Form, wie es ursprünglich beabsichtigt war, wo man es für genügend erachtete, wenn in den Gesetzen des Staates die gegenseitige Zwangsvollstreckung anerkannt sei, nicht zuließ, dessenungeachtet dieses Princip beibehielt, als Grundregel für die Vollstreckbarkeit richterlicher Urtheile fremder Staaten in Rußland, indem es dieselbe nur beschränkte auf die Fälle, wo dieses Princip geheiligt und sichergestellt sei, durch einen darüber mit einem fremden Staate abgeschlossenen Vertrag oder eine Konvention. In Folge der ganzen Darlegung kann man nicht umhin anzuerkennen, daß nach dem allgemeinen Sinn unserer Gesetze und nach dem Sinne der Artt. 1273—1281 der GPD., in Rußland eine Zwangsvollstreckung richterlicher Urtheile derjenigen Staaten, in welchen die gegenseitige Zwangsvollstreckung der Urtheile russischer Gerichte nicht sichergestellt ist, durch den Abschluß von Verträgen oder Konventionen, als den Begriff der Selbstständigkeit des Staates verlegend, nicht zugelassen werden kann, und daß auf diese Weise diese Frage von dem moskauer A. S. vollkommen richtig und sowohl dem allgemeinen Sinn der geltenden Gesetze, als auch dem in dieser Sache ergangenen Ukase vom 25. Juni 1880 entsprechend entschieden worden ist — verfügte der Senat:

dem Kassationsgesuch des Bevollmächtigten des französischen Unterthans Adam, des vereidigten Rechtsanwalts Danejew, auf Grund von Art. 793 d. GPD. keine Folge zu geben.

Nach dem was wir bereits oben ausgeführt haben, wäre eine eingehende Beleuchtung dieses umfangreichen Urtheils überflüssig. Wir beschränken uns daher darauf kurz das Charakteristische hervorzuheben.

Das moskauer Bezirksgericht hielt, offenbar in Anleitung der in der Litteratur herrschenden Auffassung und der Kassationsentscheidung des Senats in Sachen Theodoridi, dafür, daß Urtheile auswärtiger Gerichte in Rußland der Zwangsvollstreckung unterliegen, wandte daher auf den ihm vorliegenden Antrag, eine solche zu genehmigen, die Art. 1273—81 an, wies aber den Kläger aus einer formellen Ursache ab. Der moskauer Appellhof dagegen akzeptirte diese falsche Auffassung nicht und wies den Kläger und zwar mit vollem Rechte ab, weil aus dem Wortlaute des Art. 1273 hervorgehe, daß Urtheile auswärtiger Gerichte in Rußland nur dann der Zwangsvollstreckung unterlägen, wenn solches in einem Vertrage ausdrücklich stipulirt sei. Wenn der Senat diese Entscheidung einfach bestätigt hätte, mit dem motivirten Hinzufügen, daß sein früheres Kassationsurtheil nicht mehr als stichhaltig anzusehen sei, so wäre dadurch die ganze Sache einfach und rasch bereits im Jahre 1880 erledigt worden. Allein das geschah nicht, es wurde ein viel weitläufigerer Weg eingeschlagen. Der Dirigirende Senat entschied durch Ukas vom 25. Juni 1880: das naheliegende Gesetz sei kein naheliegendes Gesetz, dem Appellhof wurde in scharfen Ausdrücken bemerkt, er hätte bloß aus dem Geiste der Gesetze und nicht auf Grund der Artt. 1273—1281 seine Entscheidung treffen müssen — eine Behauptung die nicht stichhaltig ist, wie der Senat zum Schluß seines Urtheils selbst beweist, indem er seine Entscheidung nicht nur aus dem allgemeinen Sinn unserer Gesetze, sondern auch

aus dem Sinne der Artikel 1273—1281 begründet. Das II. Departement des Moskauer Appellhofes, dem nunmehr die Sache zu neuer Entscheidung überwiesen wurde, fällte dieselbe Entscheidung wie das I., motivirte dieselbe aber nach Anleitung des Senatsukases. Als die Sache durch Kassationsgesuch wieder an den Senat gelangte, wies der Senat sie ab, weil er den in der Sache Theodoridi eingenommenen Standpunkt bereits im Ukase vom 25. Juni 1880 verlassen haben wollte.

Eine Unklarheit tritt ferner darin hervor, daß in der Motivirung des Senats kein Unterschied gemacht wird zwischen der Zwangsvollstreckung auswärtiger Gerichte auf Grund des Prinzips der Gegenseitigkeit und der auf Grund positiver Verträge. Es wird zuerst behauptet: das Prinzip der Gegenseitigkeit sei von unserer Gesetzgebung stets durchgeführt worden, sodann, das Prinzip der Gegenseitigkeit werde in Rußland nur anerkannt in den Fällen, wo es geheiligt und sicher gestellt sei durch einen mit dem betreffenden Staate abgeschlossenen Vertrag, was etwas ganz anderes ist. Thatsächlich geht aus der Motivirung hervor, daß das Prinzip der Gegenseitigkeit überhaupt nicht anerkannt wird, da Verträge über die Zwangsvollstreckung auswärtiger Urtheile mit keinem Staate abgeschlossen sind.

Der Standpunkt der Regierung, d. h. Rußlands, in dieser Frage ist klar und deutlich, man weiß jedenfalls woran man ist und kann sich danach richten. Unsere Regierung hat nie einen Grund gefunden ihren Standpunkt zu verheimlichen, sondern auf Befragen die einfache, nackte Wahrheit erwidert. Es ist daher unerfindlich, zu welchem Zwecke man sich in vorliegendem Urtheil die Mühe giebt, diesen Standpunkt durch humane und liberale Phrasen zu verhüllen und herauszustaffiren, um schließlich zugestehen zu müssen: das russische Gesetz schließe positiv und prinzipiell die Zwangsvollstreckung fremder Urtheile aus, es sei

denn, daß in einem positiven Vertrage dieselbe gesetzlich fest-
gestellt worden sei, selbst verbürgte Gegenseitigkeit werde nicht
berücksichtigt.

Nach dem Provinzialrecht der Ostseeprovinzen, wo beim
Schweigen der provinziellen Rechtsquellen, mögen dieselben nun
aus der Zeit der Selbständigkeit oder aus der polnischen, schwe-
dischen oder russischen Zeit herkommen, die Regeln des gemeinen
Civilprocesses als ergänzenden Hilfsrechts eintreten, können aus-
wärtige Urtheile in derselben Weise geltend gemacht werden wie
im gemeinen Recht, d. h. sowohl durch einen Antrag auf Zwangs-
vollstreckung in einer Requisition des auswärtigen Gerichts,
welches das Urtheil gefällt hat, unter Erbietung zur Ge-
genseitigkeit an das inländische Gericht, in dessen Bezirk das Ur-
theil vollstreckt werden muß ¹⁾, als auch durch die *actio judi-*
cati. ²⁾ Was insbesondere die *actio judicati* betrifft, so hat sie
ihre eigentliche Geltung im römischen Recht, wo durch die *litis-*
contestatio und das darauf erfolgte Urtheil eine Novation des
ursprünglich unter den Parteien bestandenen Rechtsverhältnisses,
eine neue Obligation (*obligatio judicati*) begründet wird. Die
moderne Auffassung hat diesen Standpunkt verlassen und sieht
im Urtheile die richterliche Anerkennung des unter den Parteien
bestehenden Rechtsverhältnisses. Allein man hat, wie es scheint
aus praktischen Gründen, die frühere Auffassung bestehen lassen,
sodaß, wie die obengenannten Rechtslehrer bezeugen, durch die
actio judicati die durch den Urtheilspruch begründete Obligation
geltend gemacht werden kann, ebenso wie eine *obligatio*, welche
auf einer im Auslande errichteten öffentlichen Urkunde beruht.

1) Endemann § 45.; Renaud § 18.

2) Was nach Wehll, § 418., die eigentliche Regel ist.

Es handelt sich also bei der *actio judicati* gar nicht um die Vollstreckung eines auswärtigen Urtheils, sondern um den Beweis eines dem Kläger zustehenden Rechts durch eine unanfechtbare öffentliche Urkunde (rechtskräftiges Urtheil), die als solche Geltung hat, wenn sie auch in einem auswärtigen Staate zu Stande gekommen ist (*locus regit actum*). Da es sich also formell gar nicht um Zwangsvollstreckung eines auswärtigen Gerichts, sondern um Geltendmachung eines auf privatrechtlicher Grundlage ruhenden Anspruchs handelt, so können gegen die *actio judicati* die im öffentlichen Rechte begründeten, landesgesetzlichen Beschränkungen des Vollzugs auswärtiger Urtheile keine Anwendung finden (Renaud). Die Zulässigkeit der *actio judicati* ist ferner völlig unabhängig davon, ob die Gegenseitigkeit der Rechtshilfe zwischen den betreffenden Staaten durch Verträge, oder Gesetz, oder spezielles Erbieten zu derselben seitens der Gerichte, verbürgt ist oder nicht.

Was die Gerichtspraxis in den Ostseeprovinzen betrifft, so hat Zwingmann in den von ihm veröffentlichten Civilrechtlichen Entscheidungen der rigischen Stadtgerichte ¹⁾ festgestellt, daß von den erwähnten Gerichten die Zulässigkeit der *actio judicati* auf Grund rechtskräftiger im Auslande ergangener Urtheile anerkannt ist ²⁾, wenn nachgewiesen ist, daß eine gesetzmäßige Insinuation der Klageschrift stattgefunden hat, und das Urtheil rechtskräftig geworden ist. Er fügt hinzu, daß bei Kontumazialurtheilen, wenn eine Insinuation der Klage nicht stattgefunden hat, die *actio judicati* nicht zulässig sein wird, da der einfache Befehl eines auswärtigen Gerichts im Inlande keine rechtsverbindliche Kraft haben kann. ³⁾

1) Bd. I.—VI. Riga 1871—83

2) Ebendasselbst Bd. I. Nr. 169 ; IV Nr. 628.

3) Dem im IV. B. der Civilrechtl. Entscheidungen veröffentlichten betreffenden Urtheile fügt der Herausgeber Notizen über Zwangsvollstreckung auswärtiger Urtheile nach anderen Gesetzgebungen hinzu. Solche Notizen

Ueber die Praxis in Kurland wird uns mitgetheilt, daß vom Mitauischen Stadtmagistrate in der Zeit vor 20 Jahren Requisitionen auswärtiger Gerichte erfüllt wurden, wenn in denselben ausdrücklich erklärt wurde, daß das requirirende Gericht seinerseits bereit sei Requisitionen des Mitauischen Magistrats zu erfüllen. Wir glauben behaupten zu können, daß alle baltischen Gerichte ähnliche Requisitionen erfüllen würden. Ebenso theilt man uns mit, es sei anzunehmen, daß die kurländischen Gerichte die *actio judicati* auf Grund eines auswärtigen Urtheils zulässig erachten würden; wegen Mangels an Fällen lasse sich jedoch eine Praxis nicht konstatiren.

Was die Praxis des Auslandes speziell Deutschlands gegenüber den russischen Ostseeprovinzen betrifft, so findet sich in Seufferts Archiv ein auf dieselbe bezügliches Urtheil abgedruckt. ¹⁾ Die Relation über dasselbe lautet:

Der Kläger beehrte gemäß § 660 der DCPD. ein Vollstreckungsurtheil für ein von ihm gegen die Beklagte erwirktes rechtskräftiges Kontumazialurtheil des Wettgerichts zu Riga vom 2. December 1878, ist aber damit abgewiesen worden. In zweiter Instanz ward u. A. ausgesprochen: Der Gerichtshof hielt für erwiesen, daß es an der Verbürgung der Gegenseitigkeit der Rechtshilfe im vorliegenden Fall gebricht. Es existirt gerichtsfundig weder ein Staatsvertrag zwischen Deutschland oder Baden

haben, als Beitrag zur vergleichenden Rechtswissenschaft, nur dann eine Bedeutung, wenn sie vollständig sind, so daß man wirklich ein Bild von der Sachlage z. B. in Europa, oder in G. und Amerika erhält, und wenn der Inhalt der Quellen richtig angegeben ist. Hier jedoch sind nur einige Gesetzbuchausgaben citirt, wie sie der Herausgeber gerade zur Hand hatte. Ungenau ist ferner die Notiz über das nordamerikanische Recht, für welches eine Entscheidung des Reichs-Ober-Handels-Gerichtes Bd. XXI. S. 13—15 citirt wird, wo aber nicht vom nordamerikanischen Rechte, sondern von dem des Staates Newyork und zwar nur in Bezug auf Kontumazialurtheile die Rede ist. Unrichtig sind die Angaben über das russische Recht, weil der wichtigste Artikel, 1273 der G. B. D., völlig übersehen ist.

1) Bd. 37., III. S. 379 Nr. 277.

und Rußland über gegenseitige Rechtshilfe, noch eine vereinbarte Deklaration über gegenseitige Urtheilsvollstreckung. Auch hat Rußland nach seiner früheren Gesetzgebung nicht etwa die Gegenseitigkeit anerkannt, sondern als Voraussetzung für die Vollstreckung eines ausländischen Urtheils, die Prüfung des Wesens des Urtheils hingestellt. Allerdings hat Rußland in den Gerichtsordnungen von 1864, in den §§ 1273 ff., nicht nur jenen starren Grundsatz aufgegeben, sondern Bestimmungen getroffen, welche im Uebrigen den Vorschriften der DCPD. durchaus entsprechend, darin einen weiteren Fortschritt darstellen, daß nirgends der Grundsatz der Gegenseitigkeit aufgestellt ist, vielmehr die Vollstreckung, ohne Rücksicht auf die Gesetzgebung des betreffenden ausländischen Staats, lediglich an die von dem russischen Gesetz bezeichneten Erfordernisse geknüpft ist. Aber der Gerichtshof erachtet als nachgewiesen, daß die GD. v. 1864 in den Ostseeprovinzen noch nicht eingeführt sind und deshalb jedenfalls im Verhältniß zu diesem Theil des russischen Reichs die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist.

Daß auch ohne diese Vorschriften die Gegenseitigkeit der Vollstreckung zwischen Deutschland oder Baden und Livland verbürgt sei, hat Kläger selbst nicht behauptet. Es ergibt sich auch schon aus dem Umstande, daß der Livländische Prozeß seine Ergänzung im gemeinen Prozeß findet, daß in Livland die Grundsätze der DCPD. und der Russischen GD. nicht in Geltung sein können. Außerdem ergeben die Ausführungen von Schmidt, der ord. Civilproceß nach Livländischem Landrecht. Dorpat 1880. S. 197 ff., daß in Livland der Grundsatz: *incumbit domino respectu subditorum, ut ab injuria maneant tuti* stets in einem weiten Umfang angewendet und unter den verschiedenen Herrschaften des Landes das Exekutionswesen den Gerichten entzogen und unter die Aufsicht der höchsten Administrationsstellen untergeordnet blieb, wovon unter russischer Herrschaft nur bezüglich der von dem Hofgericht zu Riga gefällten Urtheile eine

Ausnahme sanctionirt wurde. Angesichts dieser Sachlage kann von einer Verbürgung der Gegenseitigkeit der Vollstreckung im Verhältniß zu den Ostseeprovinzen unter keinem Gesichtspunkt die Rede sein, zumal schließlich, was den thatsächlichen Zustand betrifft, ohne weitere Erhebungen den gutachtlichen Äußerungen der Königsberger Rechtsanwälte, denen wegen des Grenzverkehrs mit den Ostseeprovinzen Vertrautheit mit der Sachlage zuzumessen ist, alle Beachtung geschenkt werden darf, wenn sie aussprechen, daß thatsächlich in Ostpreußen Niemand daran denkt, ein dortiges Urtheil in Rußland vollstrecken zu lassen. (Urth. des OLG. zu Karlsruhe v. 24. März 1882 in G. Herzfeld wider Wolff.)

Die in diesem Urtheil getroffene Entscheidung ist richtig, weil und soweit der Kläger seinen Antrag falsch angebracht hatte. Der Kläger mußte mit seinem Antrage durchdringen, 1) wenn er eine auf diplomatischem Wege zu bewerkstelligende Requisition des rigischen Weltgerichts veranlaßt, 2) oder wenn er seinen Antrag auf die *actio judicati* gegründet, 3) endlich, wenn er selbst bei seinem Antrag auf Zwangsvollstreckung behauptet und bewiesen hätte, daß in den russischen Ostseeprovinzen eine Gegenseitigkeit in Bezug auf die Rechtshilfe bestehe. Das letztere ist im Urtheile angedeutet; über die *actio judicati* und die Requisition hatte das Urtheil sich gar nicht zu äußern. Allein diese wirklichen Gründe der Abweisung des Antrags sind im Urtheile nur gelegentlich erwähnt. Die sonstige Motivirung desselben ist unhaltbar: aus richtigen Prämissen werden falsche Schlüsse gezogen und aus unrichtigen richtige. Beide sind natürlich hinfällig.

Es ist richtig, daß die frühere russische Gesetzgebung die Vollstreckung auswärtiger Urtheile nicht zuließ, aber es ist falsch daraus auf die Ostseeprovinzen zu schließen, denn diese Gesetzgebung hat daselbst nicht gegolten. Es ist falsch anzunehmen, die Bestimmungen des russischen GPD. von 1864 entsprächen

denjenigen der deutschen GPD. und gestatteten die Zwangsvollstreckung auswärtiger Urtheile. Es ist unzulässig daraus, daß die russischen GD. in Livland nicht gelten, zu folgern, in Livland könnten auswärtige Urtheile nicht vollstreckt werden. Es ist richtig, daß die russische GPD. den Grundsatz der Gegenseitigkeit nicht aufstellt, aber es ist falsch daraus zu folgern, daß sie dieselbe für überflüssig erachte und daß sie in Folge dessen einen Fortschritt gegenüber der deutschen GPD. darstelle, sie verwirft vielmehr die einfache Gegenseitigkeit, nicht nur kraft Gerichtsgebrauchs, sondern auch kraft Gesetzes. Sie akzeptirt nur Gegenseitigkeit kraft Verträgen und solche sind von Rußland nicht abgeschlossen worden. Es ist richtig was aus Schmidts Civl. ord. Civilprozeß nach Civl. Landrecht citirt ist, es ist falsch daraus zu schließen, daß dadurch die nach gemeinem Prozeß auf Requisition des betreffenden Gerichts zulässige Zwangsvollstreckung auswärtiger Urtheile oder die Geltendmachung derselben durch die actio judicati ausgeschlossen sei. Wenn den Verwaltungsbehörden die Exekution übertragen ist und die Prüfung ob ein rechtskräftiges Urtheil vorliege, so mag das sehr unpraktisch sein, aber es liegt darin keinesweges, daß die Exekution auswärtiger Urtheile ausgeschlossen sei, im Gegentheil. Die Exekution wird stets beim Gericht beantragt und das Exekutionsurtheil desselben sodann zur Ausführung der Verwaltungsbehörde übergeben. Im ganzen Buche von Schmidt wird der Zwangsvollstreckung auswärtiger Urtheile absolut in keiner Beziehung erwähnt und aus der bloßen Nichterwähnung in einem wissenschaftlichen Werke ist doch der Schluß nicht zulässig, daß eine solche Exekution ausgeschlossen sei. Außerdem vollziehen alle baltischen Stadtgerichte ihre Urtheile selbst, ohne eines Mandats von der Gouvernementsregierung zu bedürfen. Es ist unzulässig vom Prozeß nach Livländischem Landrecht, auf den Prozeß nach rigischem Stadtrecht zu schließen. Vielmehr mußte, da bei Schmidt sich nichts findet, was die Vollstreckung auswärtiger Urtheile direkt ausschließt,

da Schmidt vom estländischen, kurländischen und dem Prozeß nach Stadtrecht in allen drei Provinzen gar nicht spricht, aus der Geltung des gemeinen Prozesses in den Ostseeprovinzen geschlossen werden auf die Vollstreckbarkeit auswärtiger Urtheile in demselben. Als eines Beweismittels beruft sich das Urtheil nicht etwa auf ein Gutachten der Rechtsanwaltschaft in Königsberg, sondern auf gutachtliche Neußerungen „der Königsberger Rechtsanwälte“, daß thatsächlich in Ostpreußen niemand daran denkt ein Urtheil in Rußland vollstrecken zu lassen. Diese gutachtliche Neußerung verliert in ihrer abstrakten Allgemeinheit jede Bedeutung. Sie gehört in ein Feuilleton einer Zeitung, aber nicht in ein gerichtliches Urtheil. Es ist einfach nicht richtig, daß in Ostpreußen niemand daran denke u. s. w. Denken, denkt man schon daran, aber man unterläßt es vielleicht häufig, weil eben in den Provinzen des unmittelbaren Verkehrs (Litauen) russisches Recht gilt, welches die Vollstreckung nicht zuläßt, da werden dann mit diesen Provinzen die hinter ihnen liegenden Ostseeprovinzen zusammengeworfen, obwohl in letzteren anderes Recht und speziell der gemeine Civilprozeß gilt.

Dieses Beispiel illustriert in drastischer Weise, welch' eine Verwirrung in dieser Frage in Beziehung auf Rußland herrscht, sowie daß jene oben erwähnten Artikel russischer Juristen diese Verwirrung noch gesteigert haben.

Und der Schluß? Er lautet: unsere mittelalterlichen, von der russischen Tagespresse soviel geschmähten, baltischen Gerichte stehen in Bezug auf die von uns behandelte Frage auf einem den modernen Rechtsanschauungen und speziell solchen, zu welchen sich auch die russischen Juristen bekennen, viel mehr entsprechenden Standpunkte, als die als fortschrittlich, liberal, human und zivilisatorisch gepriesene Civil-Prozeß-Ordnung von 1864. Die Gerichte der Ostseeprovinzen leiden darunter, daß sie von auswärtigen Gerichten mit dem Maße ge-

meffen werden, welches nur Geltung haben kann für die Gerichte der übrigen Gouvernements des ruffifchen Reichs. Daß hindert die baltifchen Gerichte aber nicht auswärtigen richterlichen Urtheilen die Bedeutung und Kraft zuzuerkennen, welche dieselben beanspruchen können, denn Recht muß doch Recht bleiben.

Engelmann.

V.

Ueber den Einfluß der Erbtheilung auf die Erbgutsseigenschaft

von

Oberhofgerichtsadvocat **Ferdinand Seraphim** in Mitau.

Die hier zu erörternde Frage ist in einem, im VI. Bande von **Zwingmann's** civilrechtlichen Entscheidungen der Riga'schen Stadtgerichte referirten, Erkenntnisse des Riga'schen Rathes vom 20. März 1881 Nr. 1010 dahin entschieden worden, daß, wenn ein **I n t e s t a t e r** bei der Erbtheilung durch Abfindung seines Miterben auch dessen ideellen Theil an einem zur Erbmasse gehörigen Immobil erlangt, dieser also erlangte ideelle Theil die Erbgutsqualität nicht habe, weil die Auseinandersetzung mit den Miterben ein Rechtsgeschäft unter Lebenden sei, welches nach Art. 2738 Theil III des Prov.-Rechts nach den Grundsätzen über Kauf und Verkauf zu beurtheilen ist.

Die betreffende Entscheidung ¹⁾ enthält folgende Deduction:

„Nach Art. 966 und 962 des Prov.-Rechts Theil III berechtigt die unentgeltliche Veräußerung eines Erbgutes den nächsten gesetzlichen Erben, dieselbe als nichtig anzufechten. In Uebereinstimmung hiermit besagt der Art. 1995 l. c., daß der Testator über seine Erbgüter auf den Todesfall nicht verfügen darf, sondern solche auf seine gesetzlichen Erben übergehen müssen, widrigenfalls die in den Art. 966 und 962 angegebenen Rechtsfolgen

1) l. c. Nr. 1012 Seite 99 ff., womit auch die Entscheidung Nr. 990 S. 61 ff. l. c. übereinstimmt.

eintreten. Diese bestehen aber, da die Erwerbung durch Testament eine unentgeltliche ist, in der Anfechtbarkeit der testamentarischen Zuwendung. Wenn und soweit das streitige Immobil Erbgutseigenschaft hat, ist also der Antrag der Kläger, welche unbestritten Geschwisterkinder des Erblassers und beim Mangel näherer Verwandten nach Art. 1880 Pct. 2 und 1938 l. c. dessen nächste Intestaterben sind, daß das Testament, soweit es über Erbgut disponirt habe, als nichtig aufgehoben und anerkannt werden möge, daß in Bezug auf dasselbe die gesetzliche Erbfolge einzutreten habe, nach Art. 2476 und 2785 rechtlich begründet.

Für die Feststellung dessen, ob das streitige Immobil ein Erbgut des Testators war, ist entscheidend, daß zwei Intestaterben des verstorbenen Alexei J. vorhanden waren, nämlich der Testator und dessen Schwester, die Mutter der Kläger, und daß, nachdem letztere durch Ausstellung einer Obligation sich rücksichtlich ihres Antheiles an dem väterlichen Nachlasse für befriedigt erklärt hatte, dem gegenwärtigen Testator der Zulaß zum Auftrage des Nachlassimmobils lediglich auf seinen Namen ertheilt worden ist. Hiernach ist also dem Testator durch gesetzliche Erbfolge nur die eine Hälfte an dem Immobil zugefallen, während er die andere Hälfte durch Auseinandersetzung mit seinen Miterben, also durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, erworben hat, welches nach Art. 2738 a. a. O. nach den Grundsätzen über den Kauf zu beurtheilen ist. Kläger behaupten nun zwar, die Erbgutseigenschaft sei eine untheilbare und es könne deshalb ein Immobil entweder ganz oder garnicht Erbgut sein, nicht aber zur Hälfte das eine, zur Hälfte das andere. Diese Rechtsauffassung steht aber im Widerspruche zu der bisherigen Praxis, die namentlich in dem Urtheile des Raths vom 21. März 1873 Nr. 2201 zum Ausdruck gebracht ist (civilrechtl. Entscheid. Bd. III, Nr. 303) und ausdrücklich anerkannt hat, daß in den Fällen, wo ein wohl-erworbenes Immobil auf mehrere Miterben durch Intestaterbfolge übergeht, allerdings die Erbgutseigenschaft in Bezug auf bloß

ideelle Antheile an dem Immobilien zur Entstehung gelangen kann. Somit ist der Einwand der Beklagten, daß der testamentarischen Verfügung des Testators nur die ideelle Hälfte des streitigen Immobilien entzogen war und deshalb das Testament nur in Betreff dieser Hälfte als nichtig aufgehoben werden kann, als berechtigt anzusehen.“

So wenig es nun auch in Abrede gestellt werden kann und soll, daß ein Immobilien allerdings auch bloß zu ideellen Theilen die Erbgutseigenschaft haben könne, während anderen ideellen Theilen desselben die Eigenschaft eines wohl-erworbenen Gutes zukommt, so dürfte doch die hier referirte Entscheidung bei näherer Erwägung nicht befriedigen und einer unbefangenen Auffassung wenig entsprechen, da nach den Grundsätzen der gedachten Entscheidung die Erbgutseigenschaft, durch welche doch ein bei einer Familie in Erbgang gekommenes Immobilien bei derselben zur Erhaltung ihres Ansehens und Wohlstandes erhalten werden soll, in einigen Generationen für das betreffende Immobilien leicht aufhören würde von irgend welcher practischer Bedeutung zu sein, wenn nicht immer die Erben in der, jede freie Bewegung hindernden und wirthschaftlich daher im höchsten Grade nachtheiligen, *communio* von Generation zu Generation bis zum endlosen Anwachsen ideeller Antheile verharren oder ein consequentes Einkindersystem, resp. in der zweiten Classe der Intestaterben das Vorhandensein stets nur eines zur Erbfolge berufenen Ascendenten, das Eintreten der *communio* verhindern.

Schon die Erwähnung dieser, dem Zwecke des ganzen Instituts der Erbgüter diametral widersprechenden Consequenzen, welche sich nothwendig aus der referirten Auffassung der Natur der Erbtheilung ergeben, müssen gewichtige Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Auffassung erregen.

Auf einen ganz anderen Standpunct stellt sich denn auch das Erkenntniß des Dorpater Rathes vom 24. August 1879, Nr. 1245, welches in seiner betreffenden Ausführung folgendermaßen lautet:

„Wie bereits in dem Abscheide vom 11. April d. J. referirt worden, beruhen dieselben -- d. h. die rechtlichen Gegenductionen des Beklagten -- hauptsächlich auf der Behauptung, daß das retrahirte Immobil nicht durch Intestaterbfolge, sondern durch Kauf an den Veräußerer desselben, Ilja B., gelangt sei; letzterer habe nämlich das fragliche Grundstück, nachdem es ihm und seinem Miterben ab intestato aus dem väterlichen Nachlaß zugefallen, mittelst Transacts vom 13. Juni 1863 durch Cession und unter Stipulirung eines Kauffchillings zu seinem ausschließlichen Eigenthum erworben und, da das durch ein derartiges Geschäft begründete Rechtsverhältniß ausweislich des Art. 2738 des Prov.-Rechts nach den Regeln über Kauf und Verkauf zu bestimmen sei, so habe das retrahirte Immobil seine Natur als Erbgut verloren und sei somit (nach Art. 1657 l. c.) auch das Retractsrecht der Klägerin erloschen.

In dieser Argumentation ist von dem Gr. der ihm bekannte und nach den Hypothekenbüchern unzweifelhafte Rechts- und Thatumstand ganz ignorirt worden, daß der Ilja B., als er mit seinen Geschwistern: Helene M., geb. B., und der jetzigen Retrahentin Olga L., geb. B., über das ihnen aus dem väterlichen Nachlaß ab intestato zugefallenen Immobil den Erbtransact vom 13. Juni 1863 abschloß, schon Miteigenthümer des Immobils war und daß somit das in dem Transact enthaltene Kaufgeschäft nur die ideellen Antheile seiner beiden Geschwister: Helene M. und Olga L. zum Gegenstande hatte, den, einem Drittheil des Werthes des Immobils entsprechenden, ideellen Antheil des Ilja B. aber nicht betraf und nicht betreffen konnte. Da nun Ilja B. hiernach wenigstens seinen Antheil auf dem Wege der Intestaterbfolge erworben hat und da nicht allein ein ganzes, räumlich begrenztes Immobil, sondern auch ein einer Person an demselben zustehender ideeller Antheil Gegenstand der Erbfolgung sein kann (vergl. Art. 939 des Prov.-Rechts) so läßt sich schwerlich bestreiten, daß die Olga L. selbst dann, wenn die

von ihrem Gegner aus dem Art. 2738 l. c. abgeleitete Rechtsansicht begründet wäre, wenigstens den von ihrem kinderlosen Bruder Olga B. nicht durch Kauf, sondern durch gesetzliche Erbfolge, erworbenen ideellen Antheil an dem väterlichen Nachlaßgrundstücke zu retrahiren berechtigt ist.

Aber auch zur Retrahirung des ganzen hier in Rede stehenden Immobils dürfte die Olga E. aus nachfolgenden Gründen befugt erscheinen :

Nach dem Art. 1655 l. c. geht der Zweck der Erblosung dahin: „die bei einer Familie in Erbgang gekommenen Immobilien zur Erhaltung des Ansehens und Glanzes der Familie bei derselben zu erhalten.“ Die Erreichung dieses Zweckes wird, sofern es sich, wie hier, um ein mehreren Intestaterben zugefallenes Erbgut handelt, in dem Falle offenbar verfehlt, wenn die Erben genöthigt sind, in der unter ihnen begründeten communio zu verharren, das Erbgut auf die Dauer einer gemeinschaftlichen Verwaltung und Nutznießung zu unterziehen und ihre ideellen Antheile auf ihre dereinstigen nächsten Verwandten zu vererben. Denn eines Theils liegt auf der Hand, daß die Anzahl der ideellen Antheile sich unter der obigen Voraussetzung in der Regel von Generation zu Generation vermehren wird und daß dadurch der Werth des einzelnen ideellen Antheiles nach und nach ein verschwindend kleiner werden muß — und anderen Theils leuchtet ein, daß die gemeinschaftliche Verwaltung und Nutznießung eines Erbgutes durch mehrere für alle, wie für den Einzelnen, mit um so größeren Schwierigkeiten und empfindlichen Nachtheilen verbunden zu sein pflegen, je größer die Zahl der Theilhaber ist — ja daß eine unter den angedeuteten Verhältnissen durch Generationen fortgesetzte Erbguts-communio schließlich zu völlig unhaltbaren Zuständen führen muß. Um den Eintritt solcher, zur Erhaltung des Familienansehens gewiß nicht geeigneter, Zustände zu verhindern, pflegen diejenigen, die ein Erbgut nach Stadtrecht pro indiviso erworben haben, ihr Verhältniß

mittelft Erbtransacts dergestalt zu regeln, daß einem unter den Erben das Eigenthum an dem ganzen Erbgute überlassen wird und derselbe die anderen Erben für deren ideelle Antheile durch Geld zu entschädigen oder sie, wie der quellenmäßige Ausdruck lautet, auf Geld zu setzen hat. Ein solches Rechtsgeschäft ist, soweit es eine Uebertragung ideeller Eigenthumsantheile von einem Erben auf den anderen in sich begreift, gewiß nach den Regeln über Kauf und Verkauf zu beurtheilen. Wenn aber Gr. daraus weiter folgert, daß ein derartiger Verkauf die Erbgutsqualität der veräußerten ideellen Antheile oder des ganzen Immobiles aufhebe, so spricht er damit aus: es sei zur Erhaltung der Erbgutsqualität schlechthin nothwendig, daß die ein Erbgut pro indiviso besitzenden Personen und ebenso alle Intestatsuccessoren derselben die unter ihnen bestehende communio in alle Ewigkeit fortsetzen. Da nun aber die Nothwendigkeit eines derartigen beständigen Verharrens in der communio die Betheiligten den oben angedeuteten Nachtheilen unterwerfen, dieselben jedenfalls derjenigen Vortheile, die Zweck und Ziel der Erblosung sind, berauben und letztere gerade in den häufigsten und zugleich wichtigsten Fällen zu einer bloßen Scheinexistenz niederdrücken würde, so darf daraus rückwärts gefolgert werden, daß die Ansicht des Gr. der Begründung ermangele, daß vielmehr die Regel, wonach die Erbgutsqualität ausschließlich von der Erwerbung des betreffenden Immobiles durch gesetzliche Erbfolge abhängen soll, eine Ausnahme da erleiden müsse, wo ererbte ideelle Antheile an einen Miterben veräußert werden und daß somit das in der B.'schen Familie in Erbgang gekommene Mobil seine Erbgutsqualität in Folge dessen nicht eingebüßt, daß die Olga E. und Helene M. die ihnen ab intestato zugefallenen ideellen Antheile an ihren Bruder und Miterben Ilya B. mittelft Erbtransacts vom 13. Juni 1863 veräußert haben. Wenn der Besitzer eines Erbguts dasselbe vor seinem Tode auf sein einziges Kind durch Schenkung überträgt und die Schenkungsurkunde zu Lebzeiten

des Schenkers in die Grund- und Hypothekenbücher eingetragen wird, so hat das beschenkte Kind das Erbgut gewiß nicht auf dem Wege der gesetzlichen Erbfolge, sondern durch Schenkung erworben. Dennoch hat das Hofgericht in einem solchen Falle vor Kurzem entschieden, daß die stattgehabte Schenkung, weil sie dem nächsten Erben zu Theil geworden, der Erbgutsqualität des verschenkten Immobilien keinen Eintrag thue. Dem Princip nach Gleiches schreibt endlich das Gesetz selbst in dem Falle vor, wenn ein Erbgut auf dem Wege des Familiennäherrechts eingelöst wird. In diesem Falle erwirbt der Retrudent das Immobilien nicht durch gesetzliche Erbfolge, sondern durch Kauf, da er in den von dem Veräußerer mit dem Retracten abgeschlossenen Kaufvertrag einzutreten hat. Gleichwohl geht das retrahirte Grundstück seiner Erbgutsqualität, wie doch nach Gr's Ansicht geschehen müßte, nicht verlustig, denn der Art. 962 spricht deutlich an, daß ein vermöge des Familiennäherrechts eingelöstes Erbgut seine Qualität als solches beibehalte, was offenbar geschieht, weil der Zweck der Erblosung, d. i. die dauernde Erhaltung des Erbgutes in der Familie von Hause aus bereitet wäre, wenn die mittelst Kaufs erfolgende Einlösung die Erbgutsqualität aufheben würde. Die Einlösung eines Erbgutes vermöge des Familiennäherrechts und der Kauf, durch welchen Ija B. die ideellen Eigenthumsantheile seiner beiden Schwestern an sich brachte, sind aber hinsichtlich ihres Einflusses auf die Erbgutsqualität durch Gleichheit der ratio legis innerlich verwandt, denn in dem einen Falle, wie in dem anderen, ist das Kaufgeschäft zur Erreichung des Zweckes der Erblosung nothwendig und darf nicht unterbleiben, wenn das Erbgut ein Mittel zur Erhaltung des Ansehens der Familie sein soll. Hiernach erscheint es statthaft, die zur Sprache gebrachte Controverse nach Analogie der Bestimmung des Art. 962 l. c. zu entscheiden und erkennt der Rath dieser Stadt daher, unter Bezugnahme auf den Punkt XXI der Einleitung in das Privatrecht, zu Recht" u. s. w.

Wir nehmen keinen Anstand, uns im Resultate für dieses Erkenntniß des Dorpater Rathes zu entscheiden, glauben jedoch, daß es zur Gewinnung dieses Resultates nicht erst der analogen Anwendung des Art. 962 l. c. in Grundlage des Punkt XXI l. c. bedürfe, sondern dasselbe sich consequent schon durch die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über Erbrecht und juris communio, insbesondere Miteigenthum, ergeben dürfte.

Für die unbefangene, von jeder Vorliebe für das Institut der Erbgüter und von jeder Abneigung gegen dasselbe absehende, rein sachliche Betrachtung erscheint doch wohl nichts natürlicher, als daß, wenn die Erben die Erbschaft theilen, jeder der theilenden Erben das bei der Theilung auf ihn Fallende oder ihm Zugewiesene eben als Erbe und also auch als Erbschaft erhalte, bei der Intestaterbfolge mithin als Intestaterbe und Intestaterbschaft.

Dies ist auch ganz entsprechend der bei uns recipirten römisch-rechtlichen Idee der directen Universalsuccession. Diese bringt es mit sich, daß der Delat der die gesammte vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers in sich aufzunehmen, in universum jus defuncti zu succediren berufen ist, einen Anspruch auf die gesammte Erbschaft erhält, welcher nur durch den gleichen Anspruch der Mitberufenen beschränkt wird. Partes solo concursu fiunt ²⁾.

Deshalb ist denn auch Gegenstand des Erwerbes, ebenso wie der der Delation, für jeden der mehreren Delaten immer die ganze Erbschaft ³⁾, wenn auch beschränkt durch das concurirende gleiche Recht der Miterben. Hierauf beruht auch das Accrescenzrecht, sowie sich daraus nicht minder mit gleicher Nothwendigkeit ergibt, daß die Miterben die Erbschaft gemeinschaftlich haben, also in einer communio stehen, wie Miteigen-

2) v. Bangerow: Pandecten. 7. Auflage, Bd. 2, § 494, S. 313.

3) Windscheid: Pandecten. 5. Auflage, Bd. 3, § 602.

thümer⁴⁾), als welche sich die Miterben bezüglich der Erbschaftssachen unzweifelhaft darstellen.

Die Erbtheilung ist aber, ebenso wie die Theilung des Miteigenthums, lediglich das Mittel, wodurch dem einzelnen Mitberechtigten der seiner Mitberechtigung correspondirende Werththeil in einer selbständigen Form herausgesetzt werden soll⁵⁾.

Der hier in Betracht kommende Begriff des Miteigenthums wird aber seinerseits wieder bedingt durch eine richtige Erkenntniß des Begriffs der *s. g. intellectuellen oder ideellen Theile*, der *partes pro indiviso* oder *partes indivisae*.

Die intellectuelle Theilung ist nämlich in der That gar keine Theilung, sondern nur die Negation der wirklichen Theilung; es ist dabei weder die Sache, noch das Recht getheilt oder auch nur als getheilt gedacht.

Daß die Sache nicht getheilt ist und nicht als getheilt gedacht wird, ergiebt schon die natürliche Anschauung und die quellenmäßige Bezeichnung: „*pro indiviso*“. Demgemäß heißt es denn auch in der l. 25 § 2: „*De verborum significatione: Q. Mucius ait: partis appellatione rem pro indiviso significari.*“

Daß das Recht nicht getheilt sei und nicht als getheilt gedacht werden könne, ergiebt sich ebenso einfach daraus, daß, was das Eigenthumsrecht anlangt, dieses wohl bei realer Theilung seines Objects vervielfältigt werden kann, dagegen eine Theilung nach Quoten, also eine quantitative Theilung garnicht zuläßt, weil es als solches keine Extension

4) Windscheid: l. c. § 608.

5) Steinlechner: das Wesen der *juris communio* und *juris quasi communio*, II. Abtheilung: das Miteigenthum in seinen principiellen Einzelbeziehungen S. 140 ff. Vergl. auch Art. 941 und 2699, Theil III des Prob.-Rechts.

hat, auch dann Keiner irgend etwas haben würde, — eben so wenig aber auch eine qualitative Theilung verträgt, weil dann ebenfalls keinem Einzigen das Eigenthumsrecht selbst zukäme und ebensowenig Allen zusammen.

Die partes bezeichnen daher nur das Verhältniß, nach welchem die Miteigenthümer zu theilen haben, gleichviel ob diese Theilung nun zum Zwecke der definitiven Auseinanderlegung oder vor dieser Definitivtheilung unter den Miteigenthümern kraft der bestehenden communio bewerkstelligt wird und die partes beziehen sich daher auf den öconomischen Erfolg des Eigenthums, auf Alles, was überhaupt theilbar ist, mithin auch auf die Sache selbst, falls diese theilbar ist. Zu dem, was theilbar ist, gehört aber, wie bereits erörtert, das Eigenthumsrecht selbst gerade nicht, wenn man von dem, hier nicht in Rede stehenden Falle derervielfältigung durch reale Theilung des Objects abieht 6).

Mit der Negation der Theilbarkeit des Eigenthumsrechts selbst, sei sie als qualitative oder als eine quantitative gedacht, ist selbstverständlich keineswegs die Unterscheidung zwischen s. g. theilbaren und untheilbaren Rechten negirt, denn diese beruht auf ganz andere Principien, da unter untheilbaren Rechten diejenigen zu verstehen sind, die weder einen theilbaren Ertrag gewähren, noch in Geld umgesetzt werden können 7), wie der usus und die Prädialservitute, während alle anderen Rechte in diesem Sinne theilbar sind, also auch das Eigenthumsrecht.

Das aber steht im vollsten Einklange mit der diesseits vertretenen Begriffsbestimmung des Miteigenthums, dessen öconomische

6) Windscheid l. c. § 142 S. 426 ff. und § 169a S. 531 ff.; Steinlechner l. c. I. Abtheilung, Revision von der Lehre von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit auf dem Rechtsgebiete, und hierzu Giesele, „Zur Lehre vom Miteigenthum“ im Band 63 des Archivs für civilistische Praxis S. 27 ff., insbesondere S. 34 ff.; vergl. auch Brinz, Pandecten Bd. I, 2. Auflage § 141 ff. S. 478.

7) Windscheid l. c. § 207 Note 12 und 209 Note 16.

ſcher Erfolg ja eben unter den Miteigenthümern zu theilen iſt.

Da nun ſonach bei der intellectuellen Theilung weder an eine Theilung der Sache, noch auch an eine Theilung des Rechts zu denken iſt, ſo bleibt nichts anderes übrig, als das Miteigenthum nur zu definiren als das eine, juristisch identische, Eigenthum an derselben ungetheilten Sache, welches gleichzeitig mehreren Subjecten zusteht, sich gleichzeitig auf diese bezieht, ſo daß es alſo nur durch den übereinstimmenden Willen Aller in Bewegung geſetzt werden kann und, da einerſeits der dem Eigenthum entſprechende Inhalt an derſelben Sache nur einmal realiſirbar iſt, andererseits hier das Princip der Gemeinſchaftlichkeit, nicht das der Prävention gilt, weil die Ausübung des Eigenthums eine dauernde, d. h. in wiederholten Acten ſich vollziehende iſt, der öconomische Erfolg des Rechts dem einzelnen Theilhaber nur zu einem Theile gebührt⁸⁾.

Dieſe Auffaſſung des Miteigenthums, welche in neuerer Zeit ſich immer mehr Anhänger erwirbt, verſtößt keinesweges gegen den Grundsatz: „plurium in solidum dominium esse non potest“, denn dieſer Grundsatz beſagt lediglich, daß Mehrere an derſelben Sache das Eigenthum nur als Miteigenthümer haben können, nicht als Alleineigenthümer⁹⁾, und die gegebene Definition des Miteigenthums iſt daher mit Rückſicht auf den gegebenen Grundsatz keinesweges als begriffswidrig, d. h. gegen den Begriff des Eigenthums verſtoßend, anſechtbar.

Aus dieſem Begriffe des Miteigenthums, deſſen nähere Begründung nicht die Aufgabe dieſer Abhandlung ſein kann, hiſtichtlich deſſen vielmehr auf die citirten Werke von Windscheid und Steinlechner, ſowie auf die bezogene Abhandlung

8) Windscheid l. c. § 169a; Steinlechner l. c. I. Abtheilung S. 109 ff.; Eſele l. c. S. 35 ff.

9) Steinlechner l. c.; Eſele l. c. S. 38 d.

Gisele's, zu verweisen ist, ergibt sich denn auch die rechtliche Natur der Theilung unter den Miteigenthümern.

Gehört nämlich beim Miteigenthume die ganze ungetheilte Sache an sich jedem der Miteigenthümer, jedoch beschränkt durch das identische, gleiche Recht der anderen Miteigenthümer, so folgt daraus mit logischer Nothwendigkeit, daß die Auseinanderlegung zwischen mehreren Miteigenthümern als Accrescenz resp. Consolidation aufzufassen ist, ohne daß deswegen der permutatorische Character der Theilung zu leugnen ist, die vielmehr bald als Kauf, bald als Tausch oder als ein Innominatcontract erscheint, aber eine translative Succession im wahren und eigentlichen Sinne des Wortes nicht begründet und auch nicht füglich begründen kann, weil dies aus formell-juristischen Gründen unmöglich ist, da ja der bei der Theilung seinen Genossen abfindende Miteigenthümer schon Subject des mit dem Eigenthum des anderen abgefundenen Miteigenthümers identischen Eigenthums ist, dieses ihm bereits zustehende Eigenthum also nicht mehr durch Succession erwerben kann, sondern vom formell-juristischen Standpunkt nur Befreiung seines Eigenthums von der demselben bisher durch die Concurrenz des Miteigenthümers anhaftenden Beschränkung erlangt, während materiell allerdings eine Succession stattfindet, insofern der abfindende Miteigenthümer den Antheil an allem öconomischen Effect des dem abgefundenen bisher zuständig gewesenen identischen Eigenthums erlangt ¹⁰⁾.

Diese Bewandniß hat auch Gisele ¹¹⁾ bei seiner theilweisen Polemik gegen Steinlechner im Wesentlichen nicht widerlegt. Denn wenn er namentlich hervorhebt, daß, falls mehr als zwei Miteigenthümer sind und der eine Miteigenthümer seinen Antheil an einen der anderen verkauft, hier doch etwas anderes

10) Steinlechner l. c. II. Abtheilung, Kap. VII S. 96 ff.

11) l. c. S. 58 ff.

vorliegen müsse, als lediglich ganz objectiv die Beseitigung eines Mitberechtigten, da diese ja allen übrig bleibenden condomini zu Gute kommen müßte, so dürfte diese Bemerkung nicht überzeugend sein. Einerseits gehört es nicht nothwendig zum Begriff der Befreiung von der qu. Beschränkung, daß sie allen condomini gerade zu Gute komme, und wenn alle übrigen condomini von dem einen derselben abgefunden werden, so kommt die Befreiung der in Rede stehenden Beschränkung eben nur dem einen Abfindenden zu Gute, andererseits kommt ja auch in dem von Eisele gesetzten Falle allen übrig bleibenden condomini die Befreiung von dem Prohibitionsrechte des abgefundenen condominus, welches um so lästiger ist, je mehr Prohibitionsberechtigte vorhanden sind, zu Statten.

Daß vom formell juristischen Standpunkte bei dem Theilungsgeschäfte der abfindende Miteigenthümer nicht erst das Eigenthumsrecht erhält, weil er schon Subject des identischen Eigenthums des abgefundenen condominus ist, muß ja auch Eisele selbst zugeben und die theilweise einseitige, ohnehin nicht ohne Weiteres maßgebende Redeweise der Quellen kann um so weniger als eine Widerlegung der hier vertretenen Auffassung gelten, als einmal die von Eisele¹²⁾ aufgeführten Stellen: 3. B. l. 7 § 1 D. de adquirendo rerum dominio (41, 1): quod per alluvionem agro nostro flumen adjicit, jure gentium nobis adquiritur; § 12 eod.: illius fit aedificium, cujus et solum est; § 13: si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit meam effici arborem, die ohnehin von keiner Succession sprechen, doch lediglich besagen wollen, daß das allmählig angeschwemmte Land, das auf einem Grundstück gebaute Gebäude, die auf einem Grundstück gepflanzte Pflanze Bestandtheile des Eigenthums an Grund und Boden und dadurch vom Eigenthumsrechte an letzterem ergriffen werden, sodann aber die l.

12) l. c. S. 59 und 61.

52 § 10 D. pro socio (17, 2), ferner l. 7 § 13 D. comm. divid. (10, 3), l. 6 § eod. und l. 6. § 9 eod., wenn sie von „dominium insulae consequi“ sprechen resp. besagen: „debitori res fuerit ad iudicata“ oder „etiamsi adjudicatus fuerit (scil. fundus)“, oder „cum totum hominem adjudicaverit“, doch offenbar, wie schon die Worte „totum hominem“ darauf hinweisen, lediglich urgiren wollen, daß der eine condominus durch Abfindung der übrigen condomini die aus der Concurrenz derselben resultirende Beschränkung seines Eigenthumsrechts beseitigt und damit das Alleineigenthum erlangt habe, daß also die tota res nunmehr ihm allein, ohne die gedachte beschränkende Concurrenz der übrigen bisherigen condomini gehöre.

Von selbst dürfte es sich verstehen, daß die Abjudication beim Theilungsverfahren keine andere rechtliche Bedeutung haben kann, als die freiwillige Auseinanderlegung der condomini.

Aus mehrfältigen, von Steinlechner¹³⁾ hervorgehobenen Aussprüchen der Quellen geht denn auch hervor, daß dieselben mit der hier vertretenen Auffassung vollkommen übereinstimmen, indem sie, ungeachtet des permutatorischen Charakters des Theilungsgeschäfts, für den Erwerber die Befreiung von der ihm durch die Mitberechtigung des oder der Genossen bisher auferlegten Beschränkung, nicht aber den Gesichtspunkt der Translation im formellen Sinne, also nicht den der Succession, sondern vielmehr den Gesichtspunkt der Consolidation, geltend machen.

So heißt es in l. 4. C. de aedif. priv. (8, 10) *jus dominii pro solido vindicare vel obtinere*, ferner in l. 15 *fam. erc.* (3, 36): *dominium pro solido ei firmavit*, sodann in l. 42 § 10 D. pro soc. (17, 2): *propriam rem habebit*, während andererseits in l. 3 § 2 D., l. 6. pr. D. de usufr. accr. (7, 2), frg. Vat. § 3 der Ausdruck „consolidatio“ für die Vereini-

13) l. c. II. Abtheilung S. 106 ff.

gung mehrerer partes usufructus im Wege der Accrescenz gebraucht wird.

Mit Recht sagt daher Steinlechner:

„Es fehlt sogar nicht an Stellen, welche das Theilungsgeschäft nicht direct als emtio etc. bezeichnen:

„divisionem praediorum vicem emtionis obtinere placuit“ (l. 1. C. comm. utr. jud. [3, 38]) —

„per adjudicationem emere“ (l. 7 § 13 comm. div. [10, 3]) —;

wir sind aber weit entfernt, hierin einen Gegensatz zwischen divisio und emtio zu erblicken, und wenn es sogar heißt:

„adjudicatio enim necessaria est, emtio voluntaria“ (l. 29. fam. ere. [10, 2]) —

„non emendi, sed dividendi animo“ (l. 34 ibid) —,

so soll doch nicht der Charakter der Theilung als eines Kaufes geleugnet, sondern nur von dem Nebennunterschiede, ob der Kauf freiwillig oder nothwendig erfolgt, gewisse Consequenzen abgeleitet werden. Wenn daher auch selbst von der Gegenseite zugegeben wird, daß in einzelnen Punkten das Theilungsgeschäft sich von einem anderen permutatorischen Geschäft unterscheidet, so führen wir dies doch nicht darauf zurück, daß die Theilung nicht Permutation, sondern Consolidation sei, sondern finden darin nur einen Beweis, daß der Begriff der Permutation, speciell des Kaufes, ein weiterer ist, innerhalb dessen sich gewisse Differenzen ebenso neben einander vertragen, wie dies bei anderen Geschäften (Schenkung, Dosbestellung, Vergleich) der Fall ist.“

Dieser Auffassung des Miteigenthums und der rechtlichen Natur der Theilung stehen auch die Art. 927 und 2739 Theil III des Prov.-Rechts nicht hindernd im Wege.

Wenn es im Art. 927 heißt:

„Ein Miteigenthum findet statt, wenn dieselbe ungetheilte Sache mehreren Personen, den Miteigenthümern, nicht nach bestimmten reellen, sondern bloß nach ideellen Theilen gehört, so daß nur eine Theilung des Rechtsinhalts vorliegt“, so ist hier wenigstens klar anerkannt, daß dieselbe Sache ungetheilt mehreren Personen zu Eigenthum gehört; in welchem Sinne aber eine Theilung des Rechtsinhalts vorliegen soll, darüber giebt uns der Art. 993 l. c. Auskunft, welcher wörtlich besagt:

„Die Miteigenthümer nehmen überhaupt nach Verhältniß des Umfanges ihrer Antheile, sowohl an den Vortheilen, welche der gemeinschaftlichen Sache erwachsen, als auch an den Verlusten, welche dieselbe betreffen, Antheil.“

Wenn also der Art. 927 l. c. von einer Theilung des Rechtsinhalts spricht, so ist dieses nach der näheren Präcisierung des Art. 933 dahin zu verstehen, daß die Antheile der condomini, die partes derselben, nur das Verhältniß angeben, nach welchem die Miteigenthümer zu theilen haben, in diesem Sinne also die Theilung des Rechtsinhalts zu verstehen sein solle.

Dieses Interpretationsergebnis ist um so unabweislicher, als die Theilung des Eigenthums selbst nach Quoten, wie bereits früher ausgeführt worden, also eine quantitative, ebenso wie eine qualitative Theilung, juristisch undenkbar ist, die Schlussworte des Art. 927 l. c. aber auch keinen positiven Rechtsatz, sondern lediglich einen juristischen Lehrsatz, eine *regula juris*, also ein Product juristisch abstrahirenden Denkens, enthalten.

Es würde also hier vollständig zur Geltung kommen, was Cifelle¹⁵⁾ in Bezug auf die „*regula juris*: „*duorum in solidum dominium esse non potest*“ bemerkt:

15) l. c. §. 38 ff.

„Die einzelnen, das Miteigenthum betreffenden, positiven Sätze sind es, aus welchen jener Lehrsatz abstrahirt wurde und allein abstrahirt werden konnte; *ex jure fit regula* und nicht *umgekehrt*. Maßgebend für den Begriff des Miteigenthums ist aber das gesetzte Recht, die Gesamtheit der das Miteigenthum betreffenden Detailbestimmungen, soweit nicht bei einer derselben ersichtlich ist, daß aus bestimmten Gründen etwas *contra tenorem rationis* festgesetzt ist. Wäre es also wirklich an dem, daß unser Lehrsatz den angegebenen Sinn hätte, so müßte er sich immerhin die Prüfung gefallen lassen, ob er mit dem *jus* (in dem bezeichneten Sinne) in Einklang stehe. Wäre dies nicht der Fall, so hätten wir, da das *jus* keinesfall zu ändern ist, nur die Wahl, an die Stelle der als falsch erkannten *regula* die richtige zu setzen oder aber auf Heraussetzung des den concreten Rechts-sätzen zu Grunde liegenden Allgemeinen, d. h. aber auf wissenschaftliche Erfassung der betreffenden Rechts-sätze zu verzichten.“

Es ist hier noch zu bemerken, daß die hier vertretene Auffassung des Miteigenthums von der Anmerkung 3 zum Art. 927 l. c. in keiner Weise betroffen wird, denn der in dieser Anmerkung verworfene Begriff des Gesamteigenthums der Germanisten hat mit unserer Auffassung des Miteigenthums nichts zu thun, da das sog. Gesamteigenthum eben das vollständige, unbeschränkte Eigenthum mehrerer Personen an der ganzen Sache sein soll, so daß also nicht eine Identität des Rechts, sondern eine Mehrheit von Rechten, anzunehmen wäre, was allerdings juristisch beim Eigenthum undenkbar ist.

Der Art. 2738 endlich sagt allerdings, daß das durch Erbtheilung begründete Rechtsverhältniß nach den Regeln über Kauf und Verkauf zu bestimmen sei. Aber einerseits ist dieser Satz ganz entschieden schon insofern unrichtig oder wenigstens sehr ungenau, als die Theilung, als permutatorisches Geschäft, nicht bloß als Kauf, sondern auch als Tausch, wie zum Beispiel bei der Realtheilung, und auch als *Unominatcontract* sich gestalten

kann, was wohl füglich nicht zu bezweifeln ist, andererseits aber, wie bereits deducirt worden, der Charakter des permutatorischen Geschäfts, auch in der Gestalt des Kaufs, sehr wohl damit vereinbar ist, daß das E r g e b n i ß desselben für den Erwerber nicht Translation, also auch nicht Succession im formellen Sinne, sondern Consolidation, i. e. Befreiung von der ihm durch die Mitberechtigung des Genossen bisher auferlegten Beschränkung ist.

Darnach gelangen wir denn aber auch auf Grund allgemeiner Rechtsprincipien schon zu dem, bereits oben aufgestellten Resultate, daß, wenn bei einer Erbtheilung ein Erbe eine zur Erbschaft gehörige Sache zum Alleineigenthum annimmt und die Miterben durch Ueberlassung anderer Stücke oder durch Geld oder sonst wie nach den Grundzügen eines Innominatcontracts abfindet, er dieses Alleineigenthum als Erbe und mithin als Erbschaft, bei der Intestaterbfolge also als Intestaterbe auf Grund der Intestaterbschaft erhält und sonach, in sofern es sich um ein mit Anderen gemeinschaftlich ab intestato ererbtes Immobil handelt, ganz als Erbgut, nicht aber für den Antheil des oder der abgefundenen Miterben als wohl erworbenes Gut, hat.

Nach denselben Grundsätzen ist daher auch der Fall zu beurtheilen, wenn bei der Erbtheilung ein zu einer Erbschaft gehöriges Immobil unter die mehrere Intestaterben reell vertheilt wird oder wenn von mehreren Miterben jeder oder einige je ein zum Nachlaß gehöriges Grundstück zum Alleineigenthum erhalten, da auch hier jeder Theilhaber dem anderen seinen intellectuellen Theil überläßt und hier also Tausch vorliegt.

Zu diesem Resultate gelangt auch Koch¹⁶⁾ in seinem Commentar zum Preussischen Landrechte, welcher sowohl für das Preussische, als auch für das gemeine Recht eine mit der hier vertretenen wesentlich übereinstimmende Auffassung des Miteigen-

16) Commentar A. 3 zu § 1 Th. I. E. 11 u. A. 14 zu § 18 Th. I E. 8.

thums vertheidigt, jedoch zu weit geht, wenn er leugnet, daß mit der hier vertretenen Auffassung der rechtlichen Natur der Theilung die Annahme eines permutatorischen Geschäfts verträglich sei und behauptet, daß, wenn ein Erbe eine zur Erbschaft gehörige Sache zum Alleineigenthum annimmt und die Miterben in der gedachten Weise abfindet, darin nicht Kauf und nicht Tausch enthalten sei, sondern eben Theilung, wogegen sich Steinlechner¹⁷⁾ mit Recht erklärt hat.

Bereits früher ist bemerkt worden, daß ein Immobil auch bloß zu ideellen Theilen die Erbgutseigenschaft haben kann, während anderen ideellen Theilen desselben die Eigenschaft des wohlervorbenen Gutes zukommt.

Nehmen wir an, A. und B. besitzen das Grundstück X. als wohlervorbenes Gut zum Miteigenthum. B. stirbt und hinterläßt als seine nächsten Intestaterben A., C., und D. welche demnach die ideelle Hälfte des B. zu gleichen Theilen ab intestato erben. A. findet seine Miterben C. und D. ab und hat nunmehr die ideelle Hälfte des Erblassers B. allein als Erbgut, während er die ihm schon früher gehörige Hälfte als wohlervorbenes Gut behält. Da zwischen wohlervorbenem und ererbtem Gute in Bezug auf Immobilien nach deutschrechtlichen Principien auch bei uns zu unterscheiden ist, so muß auch festgehalten werden, daß A. die eine ideelle Hälfte des Grundstücks X. als Erbe des B., als successor in universum jus defuncti, erlangt habe, während ihm die andere ideelle Hälfte

17) I. c. II Abtheilung S. 98 ff. — Ueber eine andere, zuerst in Frankreich durch *Molinaeus* entwickelte und verbreitete, zum Theil auch nach Deutschland übergegangene, juristisch ganz unconstruirbare Theorie, wonach die Theilung nicht als ein permutatorisches Geschäft, sondern als ein *acte declaratif, determinatif* zu betrachten sei, durch welchen erst constatirt werde, in welche Vermögensgegenstände der Miterbe succedirt sei (*necessaria distributio in partes divisas portionum pro indiviso acquisitarum*) vgl. *Steinlechner* I. c. Seite 98 Note 1 und *Göppert*: Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum Seite 63—66.

als wohlervorbenes Gut gehört. Zwar ist A. nunmehr Alleineigentümer geworden und es können ideelle Theile in dem Sinne, daß partes solo concursu fiunt, für ihn in Bezug auf das Grundstück X nicht mehr unterschieden werden, weil begreiflich sich Niemand selbst Concurrenz machen, sich also selbst beschränken kann, es werden hier vielmehr partes in dem Sinne unterschieden, in welchem jeder Testator dem Erben die Quarta falcidia frei zu lassen hat, d. h. in dem Sinne der Dispositionsbeschränkung, vermöge deren er über den intellectuellen Theil, den er als wohlervorbenes Gut hat, frei verfügen darf, — nach Kurländischem Rechte jedoch unter Berücksichtigung des Rechts der Notherben und Pflichttheilsberechtigten, — während er über die ideellen Antheile, die er durch Intestaterbsfolge, resp. durch Theilung der Intestaterbschaft mit seinen Miterben, resp. durch Geltendmachung der Erblosung erlangt hat, testamentarisch zum Nachtheile seiner Intestaterben garnicht verfügen darf.

Ganz nach denselben Grundsätzen ist auch der Fall zu beurtheilen, wenn A. und B. das Grundstück X. zu Miteigenthum haben und C. und D. die ideelle Hälfte des B. ab intestato erben, C. seinen Miterben D. abfindet und auch den ideellen Antheil des A. an sich bringt. C. hat dann die eine ideelle Hälfte des Grundstücks als Intestaterbschaft, als Erb gut, die früher dem A. gehörige ideelle Hälfte aber als wohlervorbenes Gut.

Diese Fälle würden wieder einen Beleg mehr für die Richtigkeit der Anschauung derjenigen Rechtslehrer bieten, welche behaupten, daß die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers als auch im Erben fortlebend gedacht wird.¹⁸⁾

18) Arndt's Lehrbuch der Pandecten, 10. Auflage § 464 A., 1 und § 621 A. 3; vgl. auch Puchta's Pandecten § 46 und 47 und Vorlesungen dazu und die bei Windscheid l. c. § 528 Note 6 angeführten Conjunctanten. Windscheid selbst l. c. bestreitet diese Ansicht freilich, obgleich er § 605 Note 8 zugiebt, daß in dieser und jener Beziehung das Erbvermögen noch fortwährend als besonderes Vermögen rechtlich in Betracht kommen könne.

Keinesweges liegt aber in der Unterscheidung zwischen wohlervorbenem und ererbtem Vermögen, sowie in dem Ausschluß der testamentarischen Disposition über das Erbgut zum Nachtheile der Intestaterben eine Ausnahme von der Regel: „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest“, denn diese Regel will nur sagen, daß eine Concurrenz zwischen Testaments- und Intestaterben nicht vom Erblasser selbst ausgehen, also nicht durch seinen Willen hervorgebracht werden könne, nicht aber auch, daß nicht durch von dem Willen des Testators unabhängige Ereignisse, also, wie pro casu, durch gesetzliche Bestimmung in Betreff der Erbgüter, eine Concurrenz der testamentarischen und gesetzlichen Erbfolge herbeigeführt werden könne.¹⁹⁾

Die hier vertretene Ansicht über die rechtliche Natur der Erbtheilung wird auch unterstützt durch die Bestimmung des Art. 963 Theil III. des Prov.-Rechts, welcher folgendermaßen lautet:

„Ist ein Erbgut vertauscht worden, so tritt das dafür eingetauschte Gut, bis zum Betrage des Werthes des ersteren, in dessen Stelle und erhält somit die Eigenschaft eines Erbgutes“.

Wenn nun schon ein solcher Tausch die Erbgutsqualität auf das eingetauschte Gut bis zum Betrage des Werthes des vertauschten Erbguts überträgt, um wie viel mehr muß nicht die Consolidation der Erbgutsqualität bezüglich der Anthelle der abgefundenen Miterben bei der Erbtheilung eines ab intestato ererbten Grundstückes angenommen werden, da doch die Theilung gerade diejenige Art der Auflösung der Gemeinschaft ist, bei welcher jeder der Genossen den Werth seines ideellen Anthells in seinem Vermögen behält.²⁰⁾

19) v. Bangerow I. c. Bd. II § 397.

20) Zimmermann im Archiv für civilistische Praxis Bd. 34, Seite 207.

Einen weiteren Beleg für die Richtigkeit der hier vertretenen Anschauung finden wir auch darin, daß nur particularrechtlich das Beispruchsrecht beseitigt ist, wenn das gemeinsame Gut getheilt worden.²¹⁾

Nach unserer Ansicht wird aber gegen die Erbtheilung selbst als das nothwendige Mittel zur Heraussetzung der dinglichen Mitberechtigung in einer selbstständigen Form, von Seiten des nächsten Erben des fein Miteigenthum zu Gunsten eines Miterben aufgebenden Intestaterben die Erblosung unbedingt auszuschließen sein, weil sonst durch Geltendmachung der Erblosung die eben aufgelöste *communio* fortwährend wieder hergestellt werden könnte, wenn auch mit veränderten Subjecten, dies aber gerade den Zweck gründlich vereiteln würde, welchen das Institut der Erbgüter verfolgt: nämlich die Aufrechterhaltung des Wohlstandes und Ansehens einer Familie durch Erhaltung des bei ihr in Erbgang gekommenen Immobils bei derselben.

Es erübrigt noch in Kürze der Vollständigkeit wegen eine Frage zu erwähnen, welche das bezogene Erkenntniß des Riga'schen Rathes vom 20. März 1881 Nr. 2010 in fine in folgender Weise entscheidet:

„Unrichtig ist es dagegen, wenn Beklagte ferner behauptet, daß das eine der zur Zeit auf dem streitigen Grundstücke vorhandenen Wohngebäude gleichfalls der Erbgutsqualität entbehre, weil es zur Zeit des Erbanfalls noch nicht bestanden habe, sondern erst später von dem Testator selbst erbaut worden sei. Denn der Testator hatte das Grundstück, sammt den darauf befindlichen Gebäuden, zur ideellen Hälfte durch gesetzliche Erbfolge erworben und sich dasselbe zu Eigenthum auftragen lassen. Nachdem dieses geschehen war, bildete das Grundstück das Rechtsobject des Eigenthums und Alles, was später darauf

²¹⁾ Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. II § 87 Note 22.

erbaut wurde, ist als Zuwachs desselben anzusehen (Art. 771 a. a. O.), welcher nach Art. 548 und 550 a. a. O. an allen Rechtsverhältnissen, die die Hauptsache betreffen, von selbst Antheil nimmt. Bei der Bestimmung der mit der Erbgutsqualität behafteten ideellen Hälfte des streitigen Immobils ist also die Frage, ob, wann und aus welchen Mitteln die einzelnen das Immobil bildenden Gebäude errichtet sind, als irrelevant vollständig bei Seite zu lassen"

So wenig, allem Obigen nach, das in dem gedachten Erkenntnisse des Rigaschen Rathes für die Beurtheilung der Natur der Erbtheilung aufgestellte Princip und die für dieses Princip geltend gemachte bisherige Praxis gerechtfertigt erscheinen können, so sehr ist allerdings die eben referirte Entscheidung in der Natur der Sache begründet und es würde hier davon Abstand genommen sein, die durch diese, eigentlich selbstverständliche Entscheidung erledigte Frage überhaupt noch zur Sprache zu bringen, wenn nicht gerade die durch die qu. Entscheidung mit Recht reprobirte Rechtsanschauung in praxi schon mehrfach in dem Falle aufgetaucht wäre, wo ein Immobil bloß zu ideellen Theilen die Erbgutseigenschaft, zu anderen ideellen Theilen aber die Eigenschaft eines wohlervorbenen Gutes des testirenden Erblassers hat, welcher auf dem qu. Grundstücke Gebäude errichtet oder sonst auf dasselbe Impensen verwendet hat.

In Kurland besteht der Unterschied zwischen wohlervorbenem und ererbtem Gute nur noch in soweit, als adelige Stammgüter²²⁾ durch letztwillige Verfügung den nächsten gesetzlichen Erben der beiden ersten Classen nicht entzogen werden dürfen. Wenn ein kinderloser Testator neben Eltern auch vollbürtige Geschwister und verstorbener vollbürtiger Geschwister Kinder hat, so muß er jenen die eine, diesen die andere Hälfte der Stammgüter hinterlassen. Sind aber bloß Eltern am Leben, so muß er ihnen das Ganze zuwenden, es sei denn, daß er Vermächtnisse zu milden

22) Art. 2002 Theil III des Prov.-Rechts.

Stiftungen errichten will: zu solchen darf er den halben Betrag des Werthes der Stammgüter verwenden.

Die Erblosung ist also in Kurland nach Landrecht nicht in Geltung, während sie nach Stadtrecht nur in den Städten Mitau, Bauske, Friedrichsstadt und Windau Platz greift, aber ohne Unterschied, ob das Immobil ein ererbtes oder wohl-erworbenes ist, jedoch mit der Beschränkung auf freiwillige Veräußerungen und lediglich zu Gunsten der Verwandten ersten und zweiten Grades, wofern diese das örtliche Bürgerrecht haben. ²³⁾

Die Befugniß der nächsten gesetzlichen Erben des Veräußerers, eine unentgeltliche Veräußerung desselben als nichtig anzufechten, fällt also nach Kurländischem Stadtrecht vollständig weg und ist nach Kurländischem Landrechte lediglich auf letztwillige Verfügung über adelige Stammgüter beschränkt, unter welchen von Blutsverwandten ererbte, von agnatischen Ascendenten herstammende Rittergüter zu verstehen sind und welche nur für den Indigenatsadel bestehen.

Gerade für Kurland aber kommen hier die folgenden Landrechtlichen Bestimmungen über die Theilung nachgelassener Immobilien in Betracht:

Bei der Concurrenz zum Indigenatsadel gehöriger männlicher Erben mit weiblichen gebührt ersteren der Vorzug zum Naturalbesitze der Landgüter und dieses Vorrecht des männlichen Geschlechts darf auch nicht durch testamentarische Verfügung geschmälert und beseitigt werden. ²⁴⁾

Unter zweien oder mehrern, zum Indigenatsadel gehörigen Geschwistern, welche sich in den elterlichen Nachlaß theilen, hat aber der erstgeborene Sohn vor seinen jüngeren Brüdern das Vorrecht zum ungetheilten Naturalbe-

23) Art. 1654, 1660 u. 1662 Theil III des Prov.-Rechts.

24) Art. 2718 Theil III des Prov.-Rechts.

sich der Güter, aus denen er die Geschister abfinden muß. Bei der Schätzung der Güter behufs der Erbtheilung kommen die Gutsgebäude nicht in Betracht, indem sie dem Erstgeborenen als Voraus gebühren.²⁵⁾

Sind keine Söhne vorhanden, so genießt unter mehreren zum Indigenatsadel gehörigen Töchtern die älteste die den erstgeborenen Söhnen zugewiesenen Vorrechte und wenn der erstgeborene Sohn vor dem Vater mit Hinterlassung von Töchtern gestorben ist, so geht, vermöge des Repräsentationsrechts, auf diese, nicht aber auf den zweiten Sohn das Erstgeburtsrecht über.²⁶⁾

Die dem Erstgeborenen nach Art. 2719—2720 l. c. zustehenden Rechte dürfen ihm auch durch Testament des Vaters oder der Mutter nicht entzogen werden, es wäre dann ein besonders triftiger Grund dazu vorhanden, namentlich bedeutende körperliche Gebrechen oder Geisteschwäche.²⁷⁾

Da diese Bestimmungen auch bei adeligen Stammgütern in Kurland Platz greifen, das Vorrecht des männlichen Geschlechts zum Naturalbesitze, sowie das Recht des Erstgeborenen zum ungetheilten Naturalbesitze der Stammgüter, also ebenfalls durch testamentarische Dispositionen gedachten Intestaterben nicht entzogen werden dürfen, so spricht auch dieser Umstand sicherlich ebenfalls dafür, daß auch speciell im Kurländischen Rechte die hier vertretene Auffassung der rechtlichen Natur der Erbtheilung stillschweigend anerkannt worden ist.

25) Art. 2719 l. c.

26) Art. 2720 l. c.

27) Art. 2722 l. c.

VI.

Legitimation durch nachfolgende Ehe.

Von Justizbürgermeister B. Kupffer.

Einleitung.

Das Institut der *legitimatio per subsequens matrimonium* stammt zwar nicht dem Namen, wohl aber der Sache nach, aus dem römischen Rechte her. — Schon Kaiser Konstantin erließ ein Gesetz, nach welchem die vor Erlass desselben geborenen *liberi naturales* als eheliche gelten sollten, wenn deren Eltern mit einander eine rechtsförmliche Ehe eingingen. Justinian dehnte das Gesetz Constantin's auf alle *liberi naturales* überhaupt aus, so daß auf die Zeit der Geburt der letzteren überhaupt nichts mehr ankam. (Lex 10 und 11 Cod. de liberis naturalibus). Das römische Recht bezeichnete mit dem Ausdruck: „*liberi naturales*“ nur im Concubinat erzeugte Kinder, und da diese *homines sui juris* waren, so wurden nur Kinder dieser Art durch die nachfolgende Ehe ihrer im Concubinat lebenden Eltern legitimirt, nicht aber alle außerehelich geborenen Kinder überhaupt. Die väterliche Gewalt über die *per subsequens matrimonium* legitimirten Kinder erwarb der Vater nur, wenn dieselben sich seiner *patria potestas* freiwillig unterwarfen. (Lex 11 Dig. de his, qui sui, vel alieni juris 1, 6).

Dem deutschen Rechte war das Institut der Legitimation durch nachfolgende Ehe in älterer Zeit ganz unbekannt. Als das römische Recht in Deutschland Eingang fand, standen der

Reception der legitimatio per subsequens matrimonium nicht allein völlig abweichende sittliche Anschauungen, sondern auch der Umstand im Wege, daß der Concubinat damals auch nach römischem Rechte bereits antiquirt und somit die Voraussetzung, auf welcher die römische legitimatio beruhte, hinweggefallen war. Das canonische Recht trug dagegen kein Bedenken, die römische Legitimation anzuerkennen, und dehnte sie, nachdem Papst Leo X. den Concubinat förmlich verboten hatte, auf alle unehelichen Kinder überhaupt aus, mit Ausnahme jedoch der adulterini. Zugleich wurde, da auch der Unterschied zwischen homines sui et alieni juris geschwunden war, die Zustimmung der zu legitimirenden Kinder nicht mehr gefordert. Die weltlichen Gerichte in Deutschland setzten diesen Bestimmungen des canonischen Rechts längere Zeit Widerspruch entgegen, gaben denselben jedoch nach und nach auf, wie denn schon der vermehrte Sachsenspiegel den Satz enthält:

„Nach der Kinder Geburt nemen sie (d. i. die Eltern) sich zu der Ehe. Die Kinder sind von Gotis wegen und habistlicher Geseze geet und nemen Erbanteil an ihres Vaters und ihrer Mutter Gute.“

In diesem Entwicklungsstadium ist die legitimatio per subsequens matrimonium auch in den Ostseeprovinzen bei Reception des gemeinen Rechtes heimisch geworden. Damit übereinstimmend verordnet der Art. 173 des provinziellen Privatrechtes:

„Uneheliche Kinder erhalten durch die nachfolgende Schließung einer gesetzlichen Ehe von Seiten ihrer Eltern alle Rechte der ehelichen Kinder und zwar nicht bloß Familien- und Erbrechte, sondern es folgen die dergestalt legitimirten Kinder auch dem Stande des Vaters. Diese Wirkungen beginnen jedoch erst mit der Vollziehung der Ehe, so daß die Legitimation keine rückwirkende Kraft hat.“

In dem russischen, im Zweifel entscheidenden, Texte des Art. 173 des Privatrechtes wird die Legitimation nicht, wie im deutschen Texte, auf die Abschließung einer nachfolgenden gesetzlichen Ehe, sondern einfach auf die Abschließung einer nachfolgenden Ehe gegründet, so daß also im russischen Texte das Prädicat „gesetzliche“ ganz fehlt. Worin der Begriff der gesetzlichen Ehe, resp. der Ehe schlechthin bestehe, ist aus dem Privatrechte nicht zu ersehen, dasselbe verweist vielmehr in dieser Hinsicht, wenn es sich, wie hier, um Ehen zwischen Personen Evangl.-Lutherischer Confession handelt, auf das Gesetz für die Evangl.-Lutherische Kirche in Rußland (Art. 1 und 2 des Privatrechts). Das Kirchengesetz unterscheidet nun zwar zwischen gültigen und nichtigen, zwischen unanfechtbaren und anfechtbaren und zwischen wirklichen und fingirten Ehen; da es sich aber nirgends des Ausdruckes „gesetzliche Ehe“ bedient und nirgends bestimmt, unter welchen Voraussetzungen eine nachfolgende Ehe zur Legitimation geeignet sei, während doch gerade hierauf in einer Abhandlung über die Legitimation durch nachfolgende Ehe entscheidendes Gewicht gelegt werden muß, so ist man genöthigt, an der Hand der Gesetze vor Allem zu untersuchen, was zur Entstehung einer Ehe nothwendig sei, wie die verschiedenen Ehebindnisse, deren das Kirchengesetz gedenkt, sich von einander unterscheiden, und welchen unter denselben die legitimirende Wirkung zuzuschreiben sei, die in dem Art. 173 des Privatrechts angegeben ist.

Eheschließung.

§ 1.

Uebereinstimmend mit der neueren Doctrin, nach welcher die Ehe kein Vertrag ist, wohl aber durch einen Vertrag, nämlich mittelst vom Gesetz geregelter Trauhandlung geschlossen wird, unterscheidet das Kirchengesetz (Ausgabe vom Jahre 1857) zwi-

schen einer rechts gültigen Trauung und einer rechts gültigen Ehe, bezeichnet die erstere als unbedingte Voraussetzung der letzteren und bestimmt in den Art. 182 und 242, daß die Trauung für Glieder der Evangelisch-Lutherischen Kirche eine „unerläßliche Bedingung“ zur Gültigkeit der Ehe sei und daß eine eheliche Verbindung als gültig und für beide Theile verbindend erst angesehen werden dürfe, sobald die Trauung vollzogen worden. Dieser Rechtsfäße wegen versteht es sich von selbst, daß auf die Feststellung der wesentlichen Erfordernisse einer rechts gültigen Trauung großes Gewicht gelegt werden muß.

Der Art. 183 des Kirchengesetzes bestimmt, daß zur Gültigkeit einer Trauung drei Stücke unerläßlich seien :

1. Die von dem Geistlichen an die zu Trauenden zu richtende Frage, ob ihre Einwilligung in die zu schließende Ehe freiwillig und wahrhaft sei ;
2. Die Erklärung dieser Einwilligung durch die Braut und den Bräutigam — und
3. Die vorschriftmäßige Einsegnung des Ehebündnisses.

Außerdem finden sich in dem Kirchengesetze und zwar in den Art. 184—187 hinsichtlich der Trauung folgende Vorschriften :

- a. Die Trauung ist von einem rechtmäßig ordinirten Geistlichen zu vollziehen ;
- b. Derselbe soll, wo möglich, der Prediger derjenigen Kirchengemeinde sein, welcher die Braut angehört ;
- c. Die Trauung soll vorzugsweise in der Kirche vollzogen werden, kann aber auch im Hause stattfinden ;
- d. Zum Trauungsacte sind wenigstens zwei Zeugen zuzuziehen ;
- e. Trauungen dürfen in der Evangelisch-Lutherischen Kirche weder in der Marterwoche, noch an den Weihnachts-,

Oster- und Pfingstfeiertagen, noch auch an dem Tage vollzogen werden, der dem einen oder dem andern dieser Feste unmittelbar vorausgeht;

- f. Privatpersonen, die eine Ehe schließen wollen, sind nicht berechtigt, sich durch Bevollmächtigte vertreten zu lassen.

Diese Vorschriften sind in demselben Abschnitte des Kirchengesetzes enthalten, welchem der über die unerläßlichen Trauungserfordernisse handelnde Art. 183 angehört, und da Art. 245 des Kirchengesetzes bestimmt, daß die Trauhandlung, wenn sie nicht in Gemäßheit der in eben jenem Abschnitte vorgeschriebenen Ordnung stattgefunden hat, auf Befehl des Consistoriums „von neuem vollzogen werden müsse, sofern kein gesetzliches Hinderniß obwaltet“, so kann ein Zweifel darüber entstehen, ob und in wie weit etwa auch in den unter den Buchstaben a — f aufgeführten Vorschriften unerläßliche Trauungserfordernisse zum Ausdruck gebracht seien. Daß dieses in der Bestimmung lit. a. geschehen sei, leuchtet von selbst ein; dieselbe spricht aber nur ausführlicher aus, was in dem Art. 183 schon gesagt ist, denn unter dem Geistlichen, von dem daselbst die Rede ist, kann selbstverständlich nur ein ordnungsmäßig ordinirter Geistlicher verstanden werden.

Die Bestimmungen lit. b. und c. beweisen schon durch ihren keineswegs kategorischen Inhalt, daß sie kein unerläßliches Trauungserforderniß zum Gegenstande haben.

Eine Verletzung der Bestimmung lit. f. würde, von der zu Gunsten fürstlicher Personen gemachten Ausnahme abgesehen, die Wichtigkeit der Trauhandlung allerdings nach sich ziehen, denn aus der Kirchenagende ergiebt sich, daß die im Art. 183 des Kirchengesetzes als unerläßliches Trauungserforderniß bezeichnete vorschriftsmäßige Einsegnung des Ehebündnisses so gefaßt ist, daß sie, wenn es sich um Trauung von Privatpersonen handelt, an Bevollmächtigten derselben unmöglich vollzogen werden kann.

Die Bestimmungen lit. d. und e. endlich stellen sich zwar keineswegs als bloße Explicationen des Art. 183 dar und betreffen unzweifelhaft die bei der Trauung zu beobachtende Ordnung; da aber das Kirchengesetz dadurch, daß es einzig und allein den drei in dem Art. 183 aufgeführten Trauungserfordernissen das Prädicat der Unerläßlichkeit hinzugefügt hat, offenbar bekunden wollen, daß das sonst hinsichtlich der Trauungsordnung Gebotene, wohl von dem trauenden Geistlichen zu befolgen sei, zum Zustandekommen einer rechtsgültigen Trauung jedoch nicht schlechthin nothwendig sei, so ergiebt sich daraus, daß Trauungen, die ohne Zuziehung von zwei Zeugen, oder in der Marterwoche, so wie in einer sonst verbotenen Zeit vollzogen worden, deshalb nicht als rechtsungültig betrachtet werden dürfen.

Ist dagegen den drei unerläßlichen Trauungserfordernissen des Art. 183 und den oben unter lit. a. und f. aufgeführten erläuternden Bestimmungen bei dem Trauungsacte nicht volle Genüge geleistet worden, so ist die Trauung nichtig und vermag eine Ehe unter den ordnungswidrig getrauten Personen überhaupt nicht zu begründen, weil eine solche, wie oben auf Grund des Art. 182 des Kirchengesetzes gezeigt wurde, ohne vorausgehende rechtsgültige Trauhandlung überhaupt nicht zu Stande kommen kann. Damit stimmt überein, daß das Kirchengesetz im Falle einer den unerläßlichen Erfordernissen nicht entsprechenden Trauung nur eine neue Trauung, nicht aber eine obrigkeitliche Trennung der Ehe vorgeschrieben, denn wäre ein Ehebündniß ungeachtet rechtsungültiger Trauung möglich, so dürfte eine die Trennung eines solchen Ehebündnisses gebietende Vorschrift im Kirchengesetze namentlich im Hinblick auf den Fall nicht fehlen, wenn der ehelichen Verbindung der betreffenden Personen absolute, die Erneuerung der Trauung ausschließende Eheverbote im Wege stehen.

Nachdem so nachgewiesen worden, daß im Falle rechtsungültiger Trauung unter den scheinbar getrauten Personen eine

Ehe überhaupt nicht vorhanden sei, scheint es erforderlich, auf eine Beleuchtung der einzelnen unerläßlichen Trauungserfordernisse, näher einzugehen. Insbesondere das zweite unerläßliche Trauungserforderniß, nämlich die Erklärung der Einwilligung der Nupturienten, kann zur Aufwerfung von Fragen führen, bei deren Beantwortung die Möglichkeit verschiedener Anschauungen keineswegs ausgeschlossen ist. Dahin gehören namentlich die drei Fragen:

1. Ist der während des Trauungsactes erklärte Consens der Nupturienten zur Begründung einer rechtsgültigen Trauung auch dann geeignet, wenn von beiden oder einem von ihnen das Alter der Ehemündigkeit noch nicht erreicht ist?
 2. Welchen Einfluß üben Zwang, Irrthum und Betrug auf den erklärten Consens ehemündiger Nupturienten? und
 3. Kommen die Vorschriften der Art. 244 und 245 auch zur Anwendung, wenn der Eheconsens von ehemündigen Nupturienten abgegeben oder in Folge Irrthums, Zwanges und Betruges verlautbart worden ist?
- ad.1. Von der Doctrin wird die Eheunmündigkeit der Nupturienten einfach als ein einstweilen bestehendes absolutes Ehehinderniß angesehen. Das Gesetz für die Evangelisch-Lutherische Kirche in Rußland führt dagegen die Eheunmündigkeit, wie weiter unten nachgewiesen werden wird, unter den Ehehindernissen nicht auf, begnügt sich vielmehr im Art. 200 auszusprechen, daß der Consens der Nupturienten ein freiwilliger und wirklicher sein und während der Trauungshandlung deutlich erklärt werden müsse. — Daß damit ein Consens im rechtlichen Sinne des Wortes gemeint sei, kann umfoweniger zweifelhaft sein, als die Trauung sich, wie schon oben bemerkt wurde, als ein Vertrag darstellt, durch welchen eine Ehe abgeschlossen wird, wie denn auch die Nupturienten durch denselben gegen

einander Rechtsansprüche erwerben und Rechtspflichten übernehmen. Daraus folgt von selbst, daß die allgemeinen Voraussetzungen, die nach dem Privatrechte in Ansehung der Person der Contrahenten bei Abschließung eines Rechtsgeschäfts vorhanden sein müssen, auch in Ansehung der Person der Nupturienten nicht fehlen dürfen, so daß auch die letzteren, um bei der Trauung einen wirksamen Eheconsens verlautbaren zu können, weder der Rechtsfähigkeit, noch der Willensfähigkeit, noch auch der Dispositionsbefugniß ermangeln dürfen, da ja diese drei Eigenschaften nach Art. 2912 des Privatrechts für die ein Rechtsgeschäft abschließenden Contrahenten erforderlich sind, damit das Rechtsgeschäft zu Recht bestehe.

Der Mangel der Rechtsfähigkeit kann bei Vollziehung von Trauhandlungen nicht wohl in Frage kommen. Willensfähigkeit spricht das Privatrecht (Art. 2914) Kindern unter 7 Jahren und Wahnsinnigen, wenn bei denselben keine lichten Zwischenräume vorkommen, ganz ab, es ist daher gewiß, daß die bezeichneten Personen völlig außer Stande sind, in eine von ihnen einzugehende Ehe mit rechtlichem Erfolge zu willigen. Kindern, die das siebente Lebensjahr überschritten haben, schreibt das Privatrecht, wie aus den Art. 2914, 2916 und 3286 ersichtlich, Willensfähigkeit d. i. die Fähigkeit einen freien Entschluß zu fassen und mit Absicht und mit Ueberlegung zu handeln — allerdings zu; daß aber minderjährigen, sie mögen das siebente Lebensjahr überschritten haben oder nicht, im Allgemeinen Dispositionsbefugniß abgeht, ist in dem Artikel 2916 und in anderen Artikeln des Privatrechts so unumwunden ausgesprochen, daß es überflüssig erscheint, darüber ein Wort zu verlieren. Der Mangel eigener Dispositionsfähigkeit hat aber für Minderjährige nach den Aussagen des Privatrechts (siehe z. B. die Art. 353, 354 und 2918) die Folge, daß ihnen aus ihrem bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts verlautbarten Consens keinerlei Rechtsverbindlichkeit er-

wächst, ihr Consens also ihnen selbst gegenüber unwirksam ist. Nichtsdestoweniger steht privatrechtlich fest, daß auch für Minderjährige und unter Curatel stehende Personen vollkommen verbindliche Rechtsgeschäfte und namentlich auch zweiseitige Verträge zu Stande kommen können. Dies geschieht namentlich:

- a. wenn das Rechtsgeschäft für den Dispositionsunfähigen und an seiner Stelle von seinen gesetzlichen Vertretern, d. i. von seinen Eltern, Vormündern oder Curatoren, wo nöthig, nach eingeholter Genehmigung des zuständigen Waisengerichts, abgeschlossen wird (Art. 353 und 2918).
- b. wenn das Rechtsgeschäft von dem Dispositionsunfähigen selbst und zwar ohne Zuziehung seines gesetzlichen Vertreters abgeschlossen worden ist, der letztere aber seine Zustimmung nachträglich giebt; (Art. 354) und
- c. wenn das von dem Dispositionsunfähigen selbst vollzogene Rechtsgeschäft ihm zum offenbaren Vortheile gereicht, denn unter dieser Voraussezung soll das Rechtsgeschäft trotz der dem einen Contrahenten mangelnden Dispositionsbefugniß aufrecht erhalten werden (Art. 355).

Diese allgemeinen Sazungen des Privatrechts erleiden sehr erhebliche Modificationen, wenn es sich um Eingehung einer Ehe handelt. Auf der einen Seite ist die Lage der Minderjährigen in diesem Falle eine günstigere, denn während ihnen das Recht zur selbständigen Abschließung von Rechtsgeschäften in der Regel erst nach vollendetem 21. Lebensjahre zusteht, sind sie zur Verlautbarung des Consenses, den das Kirchengesetz zur Begründung rechtsgültiger Trauung fordert, viel früher befähigt, nämlich Personen weiblichen Geschlechts mit dem vollendeten 16. und männliche Personen mit dem vollendeten 18. Lebensjahre, wobei außerdem erforderlich ist, daß sie bereits confirmirt und zum heiligen Abendmahle zugelassen worden sind (Art. 198 des Kirchengesetzes). Auf der anderen Seite ist die Lage minderjähriger Nupturienten weniger günstig, denn die Befugniß der

Eltern und Vormünder für ihre minderjährigen Kinder und Mündel verbindliche Rechtsgeschäfte abzuschließen, sei es, indem sie an Stelle der Minderjährigen ohne Mitwirkung derselben handeln, sei es, daß sie den von den Minderjährigen selbst ausgesprochenen Consens hinterher mittelst auctoritatis interpositio guthießen und dadurch wirksam machen — fällt ganz weg, wenn ein Minderjähriger vor erreichter Themündigkeit eine Ehe schließen will. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Wie aus den Artt. 201 und 202 des Kirchengesetzes ersichtlich, dürfen diejenigen, die nicht die durch die Gesetze bestimmte Volljährigkeit erreicht und noch nicht das zweiundzwanzigste Jahr angetreten haben, nicht ohne Einwilligung ihrer Eltern resp. Vormünder getraut werden, ja die Eltern können sogar ihren *majorenn*en Kindern ihre Einwilligung zur beabsichtigten Ehe verweigern, in letzterem Falle jedoch nur aus den im Gesetze (Art. 203) angegebenen Gründen. Daß die solchergestalt erforderliche Zustimmung der Eltern und Vormünder nicht als eine Ergänzung des Eheconsenses minderjähriger Nupturienten aufgefaßt werden kann, ergibt sich schon daraus, daß eine den drei unerläßlichen Erfordernissen entsprechende Trauhandlung unter den getrauten ehemündigen Personen, sie mögen das 21. Lebensjahr überschritten haben, oder nicht, eine Ehe auch dann begründen kann, wenn die Eltern und Vormünder der Getrauten ihre Zustimmung nicht erteilt oder sie gar verweigert haben, wie solches weiter unten bewiesen werden wird. (Siehe § 3). Ebenso wenig darf die Zustimmung der Eltern *zc.* so aufgefaßt werden, als könne sie den eigenen Consens der Nupturienten ersetzen und entbehrlich machen. Diese Auffassung würde dem Kirchengesetz offenbar widersprechen, denn da dasselbe in dem Art. 200 verordnet hat, daß „zur Schließung der Ehe „die freiwillige, wirkliche und deutlich ausgesprochene Einwilligung beider Theile und Derjenigen, von denen sie nach den Gesetzen abhängen (also ihrer Eltern *zc.*) erforderlich

sei, so ist gewiß, daß zur Eheschließung der eigene, selbstständige, von der Zustimmung der Eltern u. unabhängige Consens der Ehecontrahenten selbst schlechterdings nothwendig sei und umsomehr, als die Abschließung einer Ehe in wahrhafter wechselseitiger Zuneigung der Contrahenten wurzeln soll und ebendaher nur eine freie eigene That der letzteren sein darf.

Aber auch die oben erwähnte privatrechtliche Bestimmung, wonach von Minderjährigen abgeschlossene Rechtsgeschäfte aufrecht erhalten werden sollen, wenn sie denselben offenbar zum Vortheil gereichen, kann auf die Eheschließung keine Anwendung finden, denn ob ein Ehebündniß den Contrahenten zum Vortheile gereichen werde, läßt sich überhaupt nicht voraussehen, da es dabei nicht sowohl auf Vermögensvortheile, sondern wesentlich darauf ankommt, ob das geschlossene Ehebündniß die Gatten zu einer durch wechselseitige Liebe beseelten Lebensgemeinschaft führen werde. Vergewegenwärtigt man sich nun, unter Recapitulation des Erörterten, daß der bei der Trauung von einer eheunmündigen Person ausgesprochene Eheconsens für dieselbe nicht verbindlich ist, daß diesem Mangel weder durch die auctoritatis interpositio einer dritten Person, noch auch auf andere Weise abgeholfen werden kann und daß endlich zweiseitige Verträge, zu denen ja auch die Eheschließung gehörte, als überhaupt nicht zu Stande gekommen zu betrachten sind, sofern es an dem wirksamen Consens auch nur eines der Contrahenten mangelt (Art. 2936 des Privatrechts), so folgt daraus, daß eine an einer eheunmündigen Person vollzogene Trauung, ohngeachtet verlautbarten Consenses ungültig ist und eine Ehe zwischen den getrauten Personen nicht zu begründen vermag, indem die letzteren vielmehr, nach wie vor, als unverehelicht gelten müssen. Ganz dasselbe findet Statt bei Trauung eines Wahnsinnigen, weil dessen Eheconsens (selbstverständlich, wenn derselbe nicht in einem lichten Zwischenraume verlautbart worden) gleichfalls unwirksam ist und durch Erklärungen Dritter weder ersetzt, noch ergänzt

werden kann, wie übrigens in der Anmerkung zum Art. 200 des Kirchengesetzes ausdrücklich anerkannt worden ist.

ad.2. Ein Nupturient kann sich, wenn er bei der Trauung seinen Eheconsens verlautbart, sowohl hinsichtlich der Person des anderen Nupturienten, als hinsichtlich der Eigenschaften und Verhältnisse desselben im Irrthume befinden. Betrifft der Irrthum die Person des anderen Nupturienten, findet also eine Personenverwechslung Statt, so liegt ein wirklicher Eheconsens auf Seiten des Irrenden nicht vor, denn zum Begriffe eines solchen gehört doch, daß er auf Eingehung einer Ehe gerade mit dem anderen Nupturienten gerichtet sei. Durch eine solchergestalt vom Irrthum beeinflusste Trauung kann selbstverständlich eine Ehe zwischen der Person, die dem Irrthum unterlegen, und dem anderen Contrahenten nicht begründet werden. Dieses wird vom canonischen Rechte (c. un. § 2 C. 29 quaest I) anerkannt und ergibt sich auch aus dem Art. 2961 des Privatrechts, welcher verordnet:

„Ein wesentlicher Irrthum bewirkt Nichtigkeit des „Rechtsgeschäfts, indem angenommen wird, daß der Irrende „keine Einwilligung ertheilt habe und daß mithin das Ge- „schäft gar nicht zu Stande gekommen.“

Ob der Irrthum von den irrenden Nupturienten selbst verschuldet oder nicht, ist ganz gleichgültig, weil es widersinnig wäre, Jemand bloß wegen eines von ihm durch Nachlässigkeit, Zerstreuung u. verschuldeten Irrthums zu nöthigen, mit einer Person in ehelicher Gemeinschaft zu leben, die er sich gar nicht zum Gemahl erkoren.

Stellt sich der Irrthum nicht als error personae, sondern als error fortunae oder als error qualitatis dar, d. h. betrifft er nur die Vermögensverhältnisse und die persönlichen und insbesondere auch die sittlichen Eigenschaften des anderen Nupturienten, so schließt er die rechtliche Wirksamkeit des Eheconsenses

nicht aus, weil die Motive, die die Contrahenten bei Abschließung eines Vertrages geleitet, auf die Rechtsgültigkeit eines nach Form und Inhalt zu Stande gekommenen Rechtsgeschäfts überhaupt keinen Einfluß haben. Hiemit wird selbstverständlich nur behauptet, daß nicht einmal ein *error qualitatis* der Rechtsgültigkeit der vollzogenen Trauung Eintrag thue, denn ob und unter welchen Voraussetzungen ein solcher Irrthum den irrenden Theil berechtere, mit Erfolg auf Scheidung der eingegangenen Ehe zu klagen, ist eine andere Frage, deren Beantwortung hier nicht geboten erscheint. Wie über den Irrthum, so finden sich auch über den Zwang zur Eingehung einer Ehe im Kirchengesetze keinerlei Bestimmungen, denn wenn letzteres auch den Zwang dadurch für unstatthaft erklärt, daß es für die Eheschließung einen freiwilligen und wahrhaften Consens der Contrahenten fordert, so schweigt es doch über die rechtlichen Folgen erzwungenen Consenses. Dieserhalb müssen die allgemeinen, privatrechtlichen Grundsätze über den Einfluß des Zwanges auf Rechtsgeschäfte auch hinsichtlich des erzwungenen Eheconsenses zur Anwendung kommen. Nach Art. 2981 des Privatrechts ist die Willensäußerung, wenn der Consens durch physische Gewalt erzwungen worden, ganz unterdrückt und liegt in einem solchen Falle eine Handlung des Gezwungenen gar nicht vor. Daraus folgt, daß ein Ehebündniß als gar nicht zu Stande gekommen anzusehen ist, wenn der bei der Trauung bekundete Eheconsens auch nur auf Seiten eines Theiles als Folge angewandten physischen Zwanges erscheint. Durch Drohungen bewirkte Furcht hat nach Art. 2983 des Privatrechts unter der Voraussetzung, daß das angedrohte Uebel ein nicht unbedeutendes und die Ausführung der Drohung mit Grund zu befürchten ist, auf die übernommenen Verbindlichkeiten des psychologisch Gezwungenen zwar sehr erheblichen Einfluß; allein da ein durch Drohungen herbeigeführtes Rechtsgeschäft nach Art. 2986 keineswegs nichtig ist, sondern nur auf Antrag des Bedrohten aufgehoben werden kann, so ist eine

Trauung, bei welcher der Eheconsens von beiden oder auch nur von einem Theile in Folge berechtigter Furcht verlautbart worden ist, deshalb nicht ungültig und kann unter den Getrauten immerhin ein rechtsgültiges Ehebündniß begründen. Dabei braucht kaum erwähnt zu werden, daß ein Eheconsens, der in Anlaß bloßer Ueberredungen oder aus bloßem Gefühle der Ehrerbietung gegen bestimmte Personen abgegeben worden, die Rechtsgültigkeit der Trauung überhaupt gar nicht berührt.

Ist der Eheconsens durch einen Betrug herbeigeführt, der nicht die Identität der Person des anderen Contrahenten, sondern bloß dessen Eigenschaften, Vermögensverhältnisse u. betrifft, so besteht die Trauung nichts desto weniger zu Recht, weil das Privatrecht hinsichtlich der Verträge überhaupt und das Kirchengesetz wenigstens hinsichtlich der Verlobung anerkennen, daß das Zustandekommen eines Vertrages dadurch nicht gehindert werde, daß der Consens des einen Contrahenten durch Betrug veranlaßt worden (Art. 2979 des Privatrechts und Art. 222 des Kirchengesetzes). Nach diesen Gesetzesbestimmungen kann der betrogene Theil auf Aufhebung des bezüglichlichen Rechtsgeschäfts klagen, daß aber ein gleiches Recht auch Demjenigen zustehen, der durch einen nicht gerade die Person des anderen Contrahenten angehenden Betrug zur Schließung eines Ehebündnisses veranlaßt, jedoch ordnungsmäßig getraut worden, darf aus den obigen Gesetzstellen nicht gefolgert werden, weil eine einmal rechtsgültig eingegangene Ehe nur aus den im Kirchengesetze speciell angegebenen Gründen geschieden werden darf.

ad. 3. Der Art. 244 des Kirchengesetzes verordnet:

Wenn behauptet wird, daß die Trauhandlung nicht auf die vorgeschriebene Weise vollzogen worden sei, so muß ein solcher Zweifel unmittelbar nach Vollziehung dieser Handlung oder wenigstens an demselben Tage öffentlich vor Zeugen erklärt und dann nicht später als binnen drei Tagen dem Consistorium, oder im Falle weiter Entfer-

nung desselben, der nächsten weltlichen Behörde angezeigt werden.

Die peremptorische Natur der festgesetzten Fristen ist im Kirchengesetz zwar nirgends ausgesprochen, dürfte aber ohne Weiteres anzuerkennen sein, da die Absicht des Art. 244 doch unverkennbar darauf gerichtet ist, die Unsechtbarkeit der Rechtsgültigkeit vollzogener Trauungen auf eine möglichst kurze Zeit zu beschränken. Gleichwohl muß die peremptorische Natur jener Fristen ausnahmsweise bestritten werden in dem Falle, wenn die Trauung an einem Ehemündigen vollzogen worden ist.

In dem Ehebündniß das folgeschwerste Rechtsgeschäft erblickend, welches von Privatpersonen abgeschlossen werden kann, fordert das Kirchengesetz nicht allein den eigenen Consens der Contrahenten, sondern auch, daß diese sich in einem Alter befinden, welches sie reif erscheinen läßt, zur Beurtheilung der Wichtigkeit und Tragweite der Ehe. Schon dieserhalb wäre es geradezu widersinnig, wenn man annehmen wollte, daß eine im ehemündigen Alter getraute Person an ihren bei der Trauung verlautharten Consens gebunden sei, sofern weder von ihr, noch auch von ihren Eltern oder Vormündern vor Ablauf des Trauungstages vor Zeugen erklärt worden, daß die Trauhandlung nicht in der vorgeschriebenen Ordnung vollzogen sei. Eine solche Annahme würde nicht allein mit dem Geiste des Kirchengesetzes in Widerspruch stehen, sondern läßt sich auch aus dem Wortverstande des Art. 244 keineswegs rechtfertigen. Wie oben gezeigt wurde, gehört zu einer rechtsgültigen Trauung unter Anderem auch, daß der Eheconsens von einer dispositionsfähigen Person herrühre und von derselben während der Trauhandlung erklärt worden sei. Wenn nun der Art. 244 blos bestimmt, in welcher Zeit Einwendungen dagegen erhoben werden können, daß die Trauhandlung „in vorgeschriebener Weise“ vollzogen worden sei, die durch die Ehemündigkeit bedingte Dispositionsfähigkeit aber mit der Vollziehungsweise

der Trauung offenbar nichts zu schaffen hat, so kann aus dem eben erwähnten Artikel nicht gefolgert werden, daß eine an einer eheunmündigen Person vollzogene Trauhandlung dadurch zu einer rechtsgültigen werde, daß ein Einspruch gegen die ordnungsmäßige Vollziehung derselben nicht rechtzeitig erhoben worden ist, die eheunmündige Person und ebenso deren gesetzliche Vertreter erscheinen vielmehr in solchem Falle berechtigt, das Consistorium auch später als an dem Tage der Trauung zur formellen Constatirung der Rechtsungültigkeit der stattgehabten Trauung zu veranlassen. Dabei versteht sich von selbst, daß der eheunmündige Contrahent befugt ist, der an ihm vollzogenen Trauung, auch ehe und bevor die Ungültigkeitserklärung derselben ausgesprochen worden, keine Folge zu geben, und, wenn er zu einem ehelichen Zusammenleben mit dem anderen Contrahenten bereit wäre, daran durch seine gesetzlichen Vertreter kraft deren elterlicher, resp. vormundschaftlicher Gewalt gehindert werden kann.

Wie aber, wenn der eheunmündige Contrahent, ohne daß die Gültigkeit der Trauung von irgend einer Seite angefochten wird, mit dem anderen Contrahenten thatsächlich in ehelicher Gemeinschaft lebt und dies Zusammenleben bis über seine Eheunmündigkeit hinaus fortsetzt? Oder ist eine rechtsgültige Ehe unter den Contrahenten auch unter dieser Voraussetzung erst vorhanden, nachdem die Contrahenten auf Grund des Art. 245 einer neuen Trauung unterzogen worden?

Die Bejahung der ersten Frage könnte nicht zweifelhaft sein, wenn der im canonischen Rechte vor Fassung der Beschlüsse des Concils zu Trient geltende Grundsatz: *matrimonium solo consensu contrahitur* — noch herrschend wäre. Obschon nun auf jenem Concil beschlossen wurde, daß der Eheconsens von den Nupturienten vor dem örtlichen Pfarrer und zweien Zeugen erklärt werden müsse, widrigenfalls das geschlossene Ehebündniß als zur Begründung einer Ehe ungeeignet und nichtig anzusehen sei; obschon ferner eine gleiche Anschauung nach und nach auch in

der evangelisch-lutherischen Kirche Wurzel faßte — und obgleich eben deshalb auch das hier zu Lande geltende Kirchengesetz die Verlautbarung des Eheconsenses bei Vollziehung der Trauung fordert: so kann doch nicht völlig unbeachtet bleiben, daß in dem in Frage gestellten Falle vorausgesetzt wird: der eheunmündige Nupturient habe seinen Eheconsens bei der an ihm vollzogenen Trauung öffentlich ausgesprochen, also jener Forderung des Kirchengesetzes wenigstens äußerlich Genüge gethan. Dieser Consens ist freilich für den Consentirenden wegen ihm mangelnder Dispositionsbefugniß einstweilen nicht verbindlich; da aber das Kirchengesetz über die materiellen Erfordernisse rechtsverbindlichen Consenses schweigt und das Privatrecht, welches dieserhalb in subsidium zur Anwendung kommen muß, im Art. 356 bestimmt, daß von Pupillen abgeschlossene Rechtsgeschäfte auch dadurch rechtsverbindlich werden, daß der Pupill nach erlangter Großjährigkeit und Fähigkeit zur eigenen Wahrnehmung seiner Rechte, die aus jenen Rechtsgeschäften entspringenden Verbindlichkeiten ausdrücklich anerkennt: so dürfte eine Analoge Anwendung dieses Rechtsfages auf den Eheconsens zu der Annahme führen, daß die an einer eheunmündigen Person vollzogene Trauung sich in eine rechtsgültige verwandele, wenn die betreffende Person ihren bei der Trauung ausgesprochenen Eheconsens nach erlangter Chemündigkeit ausdrücklich anerkennt.

Richtige Ehen.

§ 2.

In den vorausgehenden Paragraphen wurde mit Mehrerem nachgewiesen, daß eine Ehe ohne rechtsgültige Trauhandlung nicht begründet werden könne. Daraus darf nicht gefolgert werden, daß umgekehrt aus einer rechtsgültigen Trauung nothwendig eine zu Recht bestehende Ehe hervorgehen müsse, denn zur Begründung der letzteren ist nach dem Gesetz außer der Trauung

noch manches Andere erforderlich, wie denn auch der Art. 244 des Kirchengesetzes verordnet:

„Die Trauhandlung bestätigt jedoch nur solche Ehen,
„welche durch das Gesetz erlaubt sind; gesetzlich verbotene
„Ehen hingegen erhalten vermittelst dieser Handlung weder
„Kraft noch Gültigkeit.“

Den Ausdruck „gesetzlich verbotene Ehen“ irrigend, sollte man glauben, daß alle einem gesetzlichen Verbot zuwider geschlossene Ehen nach dem oben erwähnten Artikel der „Kraft und Gültigkeit“, ermangeln. Dieses ist aber keineswegs der Fall, denn das Kirchengesetz unterscheidet zwischen absolut verbotenen und daher schlechthin nichtigen Ehen und solchen Ehen, die, weil sie einem, ein absolutes Verbot nicht begründenden, Gesetze zuwider geschlossen sind, ohne Rücksicht auf das Vorhandensein gesetzlicher Scheidungsgründe, getrennt werden können. Unter Bezugnahme auf die in den Art. 206, 208, 211, 212 und 214 des Kirchengesetzes enthaltenen Verbote stellt dasselbe in dem Art. 246 fest, daß Ehen

1. zwischen Personen die in dem im Art. 206 angegebenen, eine Dispensation ausschließenden Graden verwandt oder verschwägert sind,
2. zwischen Adoptiv-Eltern und Adoptiv-Kindern, so lange die Adoption nicht in gesetzlicher Weise aufgehoben worden,
3. zwischen Gliedern der evangelisch-lutherischen Kirche und Heiden,
4. zwischen Personen, von denen eine oder beide sich noch in einer früher geschlossenen Ehe befinden und
5. zwischen einer wegen Verletzung der ehelichen Treue geschiedenen und derjenigen Person, mit welcher der Ehebruch stattgefunden hat —

nichtig sind. Wird das Consistorium durch eine eingereichte Klage, durch eine sichere Anzeige, oder durch Mittheilung einer

anderen Behörde von der Vollziehung einer nichtigen Ehe in Kenntniß gesetzt, so hat es darüber die gehörige Untersuchung anzustellen und die Ehe, wenn sie sich wirklich als nichtig ergiebt, unverzüglich zu trennen. (Art. 247): Ob schon die Trennung einer nichtigen Ehe hiernach erst in Folge einer von dem Consistorium ausgesprochenen Nichtigkeitserklärung bewerkstelligt wird, so kann eine solche Ehe doch nicht einmal während der Zeit vom Momente der vollzogenen Trauhandlung bis zum Erlaß der Nichtigkeitserklärung einer zu Recht bestehenden Ehe gleich gehalten werden, denn diese Erklärung hat nach Art. 117 des Privatrechts die Wirkung, „daß die Verhältnisse der getrauten Personen auf den Zustand vor Schließung der Ehe zurückgeführt werden, so daß die Ehe als gar nicht vorhanden gewesen anzusehen ist.

Hiebei ist es kaum nöthig zu bemerken, daß eine nichtige Ehe zur Voraussetzung hat, daß sie mittelst einer allen nothwendigen Requisiten entsprechenden Trauhandlung abgeschlossen worden sei, denn ohne eine solche würde sie eine formelle Nichtigkeitserklärung gar nicht erheischen, da ja ein zu Stande gekommenes Ehebündniß überhaupt nicht vorläge. Hieraus erklärt sich zugleich, warum das Kirchengesetz von eheunmündigen Personen geschlossene Ehen nicht unter den nichtigen Ehen aufgeführt hat.

Anfechtbare, d. i. auf Antrag der dazu Berechtigten zu trennende Ehen.

§ 3.

Das Kirchengesetz hat in den Art. 201, 203—205, 207, 209, 210 und 213 ausgesprochen:

1. daß Personen, die noch nicht die Volljährigkeit erreicht und noch nicht das zweiundzwanzigste Lebensjahr angetreten haben, ohne Zustimmung ihrer Eltern und, wenn sie adoptirt sind, ihrer Adoptiveltern nicht getraut werden dürfen,

2. daß die Eltern und Adoptiveltern sogar ihren großjährigen Kindern die Einwilligung zur Eingehung einer Ehe versagen können, jedoch nur aus den im Art. 203 bezeichneten gesetzlichen Gründen,
3. daß aus denselben gesetzlichen Gründen auch Vormünder und Curatoren ihren zwar ehemündigen, jedoch noch minderjährigen Mündeln und Curanden die Einwilligung zur Schließung einer Ehe zu verweigern berechtigt sind,
4. daß im Militär- oder Civildienste stehende Personen nicht ohne Erlaubniß ihrer Obern getraut werden dürfen,
5. daß Ehen mit der leiblichen Nichte oder mit der Wittwe des leiblichen Oheims nur aus besonders wichtigen Gründen mit Genehmigung des General-Consistoriums und Ministeriums der inneren Angelegenheiten statthaft sind,
6. daß von einem Vormunde und dessen Kindern eine Ehe mit Personen, die unter seiner Vormundschaft stehen, nur nach besonders dazu eingeholter Erlaubniß der zuständigen Waisenbehörde geschlossen werden dürfen,
7. daß Ehen Evangelisch-Lutherischer Glaubensgenossen mit Muhamedanern und Hebräern nur unter Einholung der vorläufigen Genehmigung des für den christlichen Nupturienten zuständigen Consistoriums und unter Beobachtung der sonst in dem Art. 210 des Kirchengesetzes enthaltenen speciellen Vorschriften zulässig sind und
8. daß geschiedene Eheleute, denen durch das Scheidungsurtheil verboten worden, eine neue Ehe zu schließen, die Erlaubniß dazu nur von dem General-Consistorium und zwar nur aus den im Art. 213 angegebenen Gründen erhalten können.

Wie aus dem Artikel 248 des Kirchengesetzes hervorgeht, sollen die in allen diesen 8 Fällen bezeichneten Ehen, obwohl sie ohne Einwilligung der Eltern, Adoptiveltern, Vormünder oder der Obrigkeit geschlossen worden, dennoch für gültig an-

gesehen werden, „wenn sie von Denjenigen, deren Rechte durch „die Vollziehung der bezüglichen Ehebündnisse verletzt waren, „nicht bestritten werden“.

Die Personen und Behörden, deren Rechte durch Schließung der in Rede stehenden Ehen verletzt werden, können die letzteren binnen Jahresfrist, gerechnet a die scientiae, eventuell von dem Zeitpunkte der Möglichkeit zur Anbringung einer Klage, aufsehten. Im Falle der Begründung der erhobenen Klage soll das Consistorium die fraglichen Ehen „als widergesetzlich“ trennen.

Ein ängstliches Festhalten an dem Wortlaute des Art. 248 kann zu dem Bedenken führen, ob die Gültigkeit der oben unter den Ziffern 1—8 erwähnten Ehen nicht vom Gesetze selbst von einer *conditio, quae in non faciendo concepta est*, nämlich davon abhängig gemacht sei, daß dieselben in einer gewissen Zeit von den dazu Berechtigten nicht angefochten worden seien. Eine derartige Bedingung wäre eine *Suspensivbedingung* und würde die Konsequenz nach sich ziehen, daß die in Rede stehenden Ehen vor Ablauf der Zeit ihrer Anfechtbarkeit als gar nicht geschlossen zu betrachten seien. Wird jedoch dagegen erwogen, daß das Kirchengesetz jene Ehen den nichtigen Ehen nicht allein nicht beizählt, sondern sie denselben geradezu entgegensetzt (vergl. die Art. 247 und 248), daß ferner nichtige Ehen vom Consistorium *ex officio* und ohne daß es dazu einer Klage des Verletzten bedarf, getrennt werden sollen, während das Consistorium auf eine Berücksichtigung der Widergesetzlichkeit der ohne Zustimmung der Eltern, Adoptiveltern u. geschlossenen Ehen nicht anders, als nachdem von Seiten der Verletzten eine förmliche Klage erhoben worden ist, eingehen darf (Art. 541) — und daß das Kirchengesetz endlich die Zustimmung der Eltern, Adoptiveltern, Vormünder u. weder als ein unerläßliches Erforderniß einer rechtsgültigen Trauung, noch auch als ein absolutes Ehehinderniß bezeichnet hat; so läßt sich nicht bezweifeln, daß jene in den Punkten 1—8

aufgeführten Ehen mit dem Momente rechtsgültig vollzogener Trauhandlung zu Recht bestehende Ehen sind, wiewohl sie wieder getrennt werden müssen, wenn gegen ihren Fortbestand von den dazu berechtigten Personen oder Behörden in der gesetzlich bestimmten Zeit eine Klage erhoben und hinreichend begründet wird. Ob die Ehegatten bei ihrer Trauung mit den Vorschriften wegen Einholung der Zustimmung ihrer Eltern oder der sonst nach den Artt. 201, 204 und 205 zu befragenden Personen und Behörden bekannt gewesen sind oder nicht, ist offenbar gleichgültig, weil sogar eine bewußte Verletzung der bezüglichlichen Vorschriften das Zustandekommen einer rechtsgültigen Ehe nicht hindert.

Unanfechtbare Ehen.

§ 4.

Daß Ehen, die in allen Stücken den über Schließung, wie über Statthaftigkeit der Ehebündnisse bestehenden Gesetzesbestimmungen entsprechen, von Niemand angefochten werden können, ist selbstverständlich. Zum Begriffe einer unanfechtbaren Ehe gehört aber keineswegs, daß bei ihrer Schließung von den Contrahenten oder demtrauenden Geistlichen kein Gesetz verletzt worden sei.

Wenn Trauungen ohne Beobachtung der über das Aufgebot bestehenden Vorschriften vollzogen worden sind, oder wenn ein Wittwer vor Ablauf von sechs Wochen, eine Wittve vor Ablauf von drei Monaten nach dem Tode des Ehegatten oder der Ehegattin getraut worden ist, oder wenn ein Gleiches hinsichtlich einer Wittve geschehen ist, über deren etwaige Schwangerschaft Ungewißheit obwaltet, oder wenn geschiedene Eheleute sich unter Verletzung der darüber erlassenen Vorschriften von neuem trauen lassen, so verstößen die in allen diesen Fällen vollzogenen Trauungen, ausweislich der Art. 228 fgg. 215 und 216 des Kirchengesetzes, wider gesetzliche Verbote. Nichtsdestoweniger müssen alle in eben jenen Fällen wirklich geschlossene

Ehen als unanfechtbar zu Recht bestehende Ehen angesehen werden, denn eines Theils sind sie vom Kirchengesetz weder den nichtigen, noch den auf Antrag der Verlegten zu trennenden Ehen beigezählt worden — und anderen Theils sind die eben angegebenen Verbote solche, welche die Gültigkeit der Trauung nicht ausschließen. Selbst wenn über die Verletzung dieser Verbote Beschwerde geführt wird, kann eine Trennung der einmal getrauten Ehegatten nicht stattfinden, weil dieses im Kirchengesetze nirgends ausgesprochen ist — so daß nur eine Beahndung des Geistlichen gerechtfertigt erscheint, der die Trauung wider ein bestehendes Verbot vollzogen hat.

Putative Ehen.

§ 5.

Das Kirchengesetz erwähnt der putativen oder Scheinehen gar nicht. Daß dieselben aber auch für die Ostseeprovinzen rechtliche Bedeutung haben, beweist der Art. 117 des Privatrechts, welcher, nachdem er sich über die Wirkung der Nichtigkeitserklärung ausgesprochen, wörtlich bestimmt:

„Wenn jedoch die Widergegensehlichkeit der Ehe bei deren
„Abschließung beiden Theilen oder auch nur einem dersel-
„ben unbekannt war, so sind einer solchen Ehe die Wir-
„kungen einer wirklichen Ehe, im ersteren Falle für beide
„Theile, im letzteren für Denjenigen, der sich im guten
„Glauben befand, beizulegen.

Das Prädicat „widergegensehlich“ legt das Kirchengesetz, wie z. B. aus dem Art. 248 desselben ersichtlich, zwar allen Ehen bei, bei deren Abschließung von Seiten der Nupturienten oder aber von Seiten des trauenden Geistlichen wider ein die Eheschließung betreffendes Verbot oder Gebot gefehlt worden ist; da aber der Art. 117 des Privatrechts nur über die Trennung der Ehen wegen Nichtigkeit derselben handelt, so darf unter

der Widergeseglichkeit, von der er redet, nur eine solche verstanden werden, die nach dem Kirchengesetze die Nichtigkeit der Ehe zur Folge hat, also nur eine Widergeseglichkeit, die in einer Verletzung der in den Art. 206, 208, 211, 212 und 214 enthaltenen absoluten Eheverbote besteht. Hieraus folgt eines Theils, daß alle jene zwar unter Verletzung gewisser Gesetzesvorschriften geschlossen, jedoch deshalb keineswegs nichtigen Ehen, von denen oben in den §§ 3 und 4 gehandelt wurde, von der Bestimmung des Art. 117 des Privatrechts gar nicht berührt werden — und anderen Theils, daß alle nach dem Kirchengesetze als nichtig zu betrachtende Ehen, wenn bei ihnen die in dem privatrechtlichen Artikel 117 angegebene Voraussetzung beiderseitiger oder einseitiger bona fides zutrifft, zugleich putative Ehen sind. Weder im Privatrechte, noch im Kirchengesetze findet sich eine Bestimmung darüber, ob auch von ehemmündigen Personen in dem Glauben, daß sie bereits ehemündig seien, geschlossene Ehen, als putative Ehen zu betrachten seien. Zwischen einer nichtigen Ehe und einem von einer ehemmündigen Person eingegangenen Ehebündniß waltet zwar der Unterschied ob, daß die erstere zur Trennung der ordnungsmäßig getrauten Ehegatten einer vorausgehenden gerichtlichen Nichtigkeitserklärung bedarf, während das letztere, da es durch eine rechtlich ungültige Trauung contrahirt ist, überhaupt gar nicht als zu Stande gekommen angesehen werden kann und daher auch gar nicht Gegenstand einer zu erlassenden Nichtigkeitserklärung zu sein vermag. Nichtsdestoweniger läßt sich nicht verkennen, daß die Unkenntniß eines der die Nichtigkeit der Ehe bewirkenden absoluten Ehehindernisse und die Unkenntniß der Ehemmündigkeit insofern innerlich verwandt erscheinen, als die eine, wie die andere auf einem factischen Irrthume beruht und einen Umstand betrifft, der das Zustandekommen einer rechtsgültigen Ehe ausschließt. Wenn nun im Gesetze unentschieden gelassene Rechtsfragen nach dem Punkte XXII der Einleitung in das Privatrecht nach denjenigen Bestimmungen des

Privatrechts beurtheilt werden sollen, mit denen sie durch die Gleichheit des Grundes innerlich verwandt erscheinen, dieses Verhältniß aber zwischen den Bestimmungen über die absoluten Ehehindernisse und den Bestimmungen über die Ehemündigkeit augenscheinlich obwaltet, so dürfte es gerechtfertigt sein, von ehemmündigen Personen im guten Glauben eingegangene Ehen als putative Ehen gelten zu lassen.

Ob und in wie weit aber putative Ehen, die Grundlage zur Legitimation außerehelich erzeugter Kinder bilden können, darüber wird unter Anderem in dem nächsten Paragraphen zu handeln sein.

Anmerkung: In dem obigen, wie in den weiter unten folgenden Erörterungen über schlechthin nichtige, wie über putative Ehen ist vorausgesetzt, daß dieselben gerichtlich für nichtig erklärt worden sind. Wird die Nichtigkeit dieser Ehen überhaupt gar nicht zur Sprache gebracht, so versteht sich von selbst, daß sie factisch dieselben Wirkungen haben werden, welche vom Gesetze mit zu Recht bestehenden Ehen verbunden sind.

Ehen, die zur Begründung der Legitimation außerehelich geborener Kinder geeignet sind.

§ 6.

Daß Ehen, welche zwischen den Eltern außerehelich erzeugter Kinder geschlossen worden sind, ohne gegen irgend eine der über Trauung und über die Statthaftigkeit ehelicher Verbindungen bestehenden Gesetzesvorschriften zu verstößen, zur Legitimation der außerehelichen Kinder geeignet sind, bedarf keines Beweises. Nicht weniger gewiß ist, daß eine gleiche Wirkung solchen Ehen zugeschrieben werden muß, die zwar unter Verletzung oder Außersichtlassung der in den Art. 228 fgg. 215 und 216 des Kirchengesetzes enthaltenen Bestimmungen geschlossen worden sind, im

Uebrigen aber den bestehenden Gesetzen entsprechen; denn diese Ehen können, wie am Schlusse des § 3 gezeigt wurde, weder von Amtswegen, noch auf Klage dritter Personen getrennt werden — und erscheinen überhaupt als unanfechtbar zu Recht bestehende Ehen. Was ferner diejenigen Ehen betrifft, welche, weil sie wider die Bestimmungen der Art. 201, 203—205, 207, 209, 210 und 213 oder auch nur gegen eine oder die andere derselben verstoßen, nur in Folge rechtzeitig erhobener und sachlich begründeter Klagen der verletzten Personen oder Behörden getrennt werden sollen, so wurde schon oben im § 3 gezeigt, daß diese Ehen, selbst wenn sie hinterher getrennt werden, für die Zeit von ihrer Eingehung bis zu ihrer gerichtlichen Trennung als rechtsgültige Ehen anzusehen sind. Daraus folgt ohne Weiteres, daß sie mit dem Moment ihrer Abschließung die Legitimation der von den beiden Ehegatten vor ihrer Verehelichung außerehelich erzeugten Kinder auf Grund des Art. 173 des Privatrechts bewirken müssen. Die etwa hinterher erfolgende Trennung der in Rede stehenden Ehen vermag die durch ihre Schließung herbeigeführte Legitimation der außerehelich erzeugten Kinder ebensowenig rückgängig zu machen, als per subsequens matrimonium einmal legitimirte Kinder ihre auf diesem Wege erworbenen Rechte dadurch einbüßen, daß ihre Eltern hinterher in Folge einer Scheidungsklage vom Consistorium geschieden worden sind.

Anlangend die nichtigen Ehen, so ist zu unterscheiden, ob dieselben zugleich putative Ehen sind, oder nicht. Im letzteren Falle können sie die Legitimation der außerehelich erzeugten Kinder offenbar nicht bewirken, denn sie dürfen, wie im § 2 näher nachgewiesen wurde, nicht einmal für die Zeit von ihrer Eingehung bis zur erfolgten Nichtigkeitserklärung als wirkliche Ehen angesehen werden. Ihre Unfähigkeit zur Begründung der Legitimation läßt sich übrigens auch aus den Art. 147 und 163 Punkt 2 des Privatrechts unschwer nachweisen. Würde das

Gesetz einer nichtigen und zugleich nicht putativen Ehe in Bezug auf die Legitimität der Kinder wenigstens bis zur erfolgenden Nichtigkeitserklärung eine Wirkung zuschreiben, so müßte es die in solcher Ehe erzeugten Kinder nothwendig als eheliche Kinder betrachten. Da nun aber in den zuletzt bezogenen Gesetzstellen unumwunden ausgesprochen ist, daß die aus einer nichtigen und zugleich nicht putativen Ehe erzeugten Kinder als *uneheliche* zu gelten haben und diese Kinder doch unmöglich schlechter gestellt sein können, als die von demselben Eltern-Paare vor Schließung einer nichtigen und nicht zugleich putativen Ehe erzeugten Kinder, so ist klar, daß die Schließung von Ehen dieser Art die Legitimation außerehelich geborener oder erzeugter Kinder nicht zu bewirken vermag.

Ein Gleiches muß hinsichtlich der putativen Ehen behauptet werden. Nach dem deutschen Texte des Art. 173 des Privatrechts bedarf diese Behauptung keines Beweises, denn während daselbst zur Begründung der Legitimation eine nachfolgende „*gesetzliche*“ Ehe gefordert wird, darf eine solche in einer putativen Ehe aus dem Grunde nicht erblickt werden, weil die letztere zugleich eine nichtige, durch Nichtigkeitserklärung aufzulösende ist. Aber selbst wenn man sich nur an den russischen Text des Art. 173 hält, in welchem, wie schon bemerkt wurde, das Prädicat „*gesetzlich*“ fehlt, so kann doch unter der Ehe, von der daselbst die Rede ist, nur eine zu Recht bestehende Ehe verstanden werden, wie schon daraus erhellt, daß gleich in der ersten der zum Art. 173 citirten Quellen, nämlich in den *Leges 10 und 11 Cod. de natural. liberis* (V, 27.) ausgesprochen ist, daß eine nachfolgende Ehe, um zur Begründung der Legitimation geeignet zu sein, vom Gesetze nicht verboten sein dürfe. Dies kann bei einer putativen Ehe nie zutreffen, weil sie ihrem Begriffe nach immer gegen ein absolutes Eheverbot verstößt.

Gleichwohl kann es scheinen, daß die eben entwickelte Ansicht durch den Art. 117 des Privatrechts einfach über den Haufen

geworfen werde, denn derselbe schreibt der putativen Ehe die Wirkungen einer „wirklichen“ also doch zu Recht bestehenden Ehe zu und zwar für beide Theile, oder aber nur für einen Theil, je nachdem die Widergeseglichkeit der Ehe beiden Contrahenten oder aber nur einem von ihnen unbekannt war. Hiernach kann man zu der Annahme geneigt sein, daß den putativen Ehen jedenfalls dann, wenn beide Contrahenten sich in bona fide befinden, auch in Bezug auf die legitimatio per subsequens matrimonium genau dieselben Wirkungen zuzuschreiben seien, welche zu Recht bestehenden Ehen durch den Art. 173 beigelegt sind.

Gegen die Richtigkeit dieser Annahme müssen jedoch gleich Zweifel rege werden, sobald man erwägt, daß eine putative Ehe unmöglich alle Wirkungen einer zu Recht bestehenden Ehe haben kann. Die Verpflichtung der Ehegatten zum ehelichen Zusammenleben, das Recht des Ehemannes, den gemeinschaftlichen Wohnort zu bestimmen und zu verlangen, daß die Frau ihm dahin folge, sind nach den Artt. 7 und 8 Wirkungen einer zu Recht bestehenden Ehe. Diese und andere Wirkungen derselben können aber putativen Ehen, ohngeachtet der allgemeinen Fassung des Art. 117, unmöglich zugeschrieben werden, weil diese Art von Ehen nichtig sind und die Scheingatten von Amtswegen getrennt werden sollen und mithin überhaupt gar nicht in ehelicher Gemeinschaft leben dürfen. Unter so bewandten Umständen ist es von entscheidender Bedeutung, daß der Art. 117 sich in einem Abschnitte findet, welcher die Ueberschrift: „Von den Wirkungen der gerichtlichen Trennung nichtiger Ehen auf die ehelichen Güterrechte“ — trägt. Dieserhalb und weil die anderen, sich in dem fraglichen Abschnitte findenden Artikel 118, 119 und 120 nur Vermögensrechtliches zum Gegenstande haben, dürfen die Wirkungen, welche der Art. 117 der putativen Ehe beilegt, mit Sicherheit nur auf die Vermögensrechtlichen Verhältnisse der Scheingatten bezogen werden, auf das Verhältniß zwischen den Scheingatten und deren Kindern aber nur soweit ausgedehnt

werden, als sich dafür ein Anhalt in anderen Gesetzesbestimmungen findet. Dieses ist nun in Betreff der in einer putativen Ehe erzeugten oder geborenen Kinder allerdings der Fall, denn dieselben sollen nach Art. 147 des Privatrechts den *e h e l i c h e n* Kindern gleichgeachtet werden, bedürfen also überhaupt nicht einer Legitimation *per subsequens matrimonium*, dafür aber, daß außerehelich erzeugte und geborene Kinder dann, wenn ihre Eltern mit einander hinterher eine putative Ehe eingehen, der Wohlthat der *legitimation per subsequens matrimonium* theilhaftig werden, läßt sich aus dem Gesetz ein sicherer Beweis nicht erbringen.

Zu einem gleichen Ergebnis gelangt man bei Berücksichtigung der dem Institut der *legitimation per subsequens matrimonium* zu Grunde liegenden *ratio legis*. Diese wurzelt gewiß nicht zum geringsten Theile in der Erwägung, daß die Eltern außerehelich geborener Kinder durch die Existenz jenes Instituts angespornt werden sollen, das unter ihnen thatsächlich bestehende unsittliche Verhältniß in das sittliche Verhältniß einer gesetzlichen Ehe zu verwandeln und dadurch nicht allein ihren Fehltritt zu sühnen, sondern auch ihren Kindern die nicht hoch genug anzuschlagende Wohlthat zu Theil werden zu lassen, daß das durch die gültige Ehe der Eltern zwischen diesen und den Kindern geknüpfte Band von keinem der beiden Gatten willkürlich aufgelöst werden kann und daß die Erziehung der Kinder unter dem dauernden Einfluß sittlich intacter Familienverhältnisse stattfindet. Wenn es nun unmöglich in der Absicht des Gesetzes liegen kann, die Eltern unehelich geborener Kinder zur Schließung einer putativen, also nichtigen und von Amtswegen zu trennenden Ehe anzuregen — und wenn die Eingehung einer solchen Ehe überhaupt ungeeignet ist, die sich verehelichenden Eltern und die unehelichen Kinder derselben zu einer Familie im rechtlichen Sinne des Wortes zusammenzuschließen, so hieße es die *ratio*, auf welcher das Institut der Legitimation durch nachfolgende Ehe beruht, geradezu

verleugnen, wenn man auch einer nachfolgenden bloß putativen Ehe die Wirkung zuschreiben wollte, daß sie die vor ihrer Eingehung außerehelich geborenen Kinder legitimire.

Hiernächst möge noch ein Blick auf die Fälle geworfen werden, in denen das Kirchengesetz eine fingirte Ehe statuirt. Nach den Artt. 223 und 226 des Kirchengesetzes ist das Consistorium verpflichtet, die verlobte Braut, vorausgesetzt, daß sie mit ihrem Bräutigam einen nur Eheleuten erlaubten Umgang gepflogen, desgleichen eine unter dem Versprechen der Ehe verführte Jungfrau in Folge einer rechtzeitig von dem verletzten Theile erhobenen Klage als abgeschiedene Ehefrau des ungetreuen Bräutigams, beziehungsweise des Verführers zu erklären, sofern diese sich weigern, mit den von ihnen getäuschten Frauenspersonen eine Ehe abzuschließen. Sind in dem von den bezeichneten Personen gepflogenen geschlechtlichen Umgang Kinder erzeugt worden, so sind dieselben nach den Art. 148 und 149 des Privatrechts ehelichen Kindern gleichzuachten. Hierbei läßt sich zwischen den beiden Fällen unterscheiden, ob das Kind vor Erklärung seiner Mutter als abgeschiedene Ehefrau, oder erst nachdem dieses geschehen, geboren worden ist. Im ersteren Falle ist der Grund der Legitimität des Kindes in der Legitimation durch nachfolgende Ehe zu suchen, denn die Fiction einer Ehe zwischen den Eltern desselben d. i. die Erklärung der Mutter als abgeschiedene Ehefrau des Vaters ist erst nach der Geburt des Kindes erfolgt. In dem zweiten Falle erscheint es wenigstens consequent, das Kind aus demselben Grunde als in gültiger Ehe geboren zu betrachten, aus welchem ein von einer schwanger hinterbliebenen Wittwe nach dem Tode des Ehemannes geborenes Kind als eheliches gilt. (Artt. 132 und 135 des Privatrechts.)

Rechte durch nachfolgende Ehe legitimirter Kinder.

§ 6.

Nachdem in dem Vorstehenden diejenigen Ehebündnisse, die zur Begründung der *legitimation per subsequens matrimonium* geeignet sind, hoffentlich in überzeugender Weise festgestellt worden, kommt es nunmehr auf Andeutung der den Kindern aus ihrer Legitimation erwachsenden Rechte an. Dieselben können im Allgemeinen als identisch mit denjenigen Rechten bezeichnet werden, welche den in gesetzlicher Ehe erzeugten oder geborenen Kindern ihren Eltern gegenüber nach den Bestimmungen des Privatrechts zustehen, denn ausweislich des bereits oft erwähnten Art. 173 folgen die *per subsequens matrimonium* legitimirten Kinder nicht allein dem Stande ihres Vaters, sondern genießen überhaupt alle Rechte ehelicher Kinder, insbesondere auch Familien- und Erbrechte. Von den Rechten, die den Eltern ihren legitimirten Kindern gegenüber zustehen, ist zwar in dem Art. 173 nicht die Rede; da aber aus dem Artikel 197 des Privatrechts hervorgeht, daß den Eltern die elterliche Gewalt nicht allein über die ehelichen, sondern auch die denselben vom Gesetze gleichgestellten Kinder, also auch über die durch nachfolgende Ehe legitimirten gebührt, so kann nicht zweifelhaft sein, daß die in den Artt. 197 bis 224 des Privatrechts normirten Wirkungen der elterlichen Gewalt sich auf die legitimirten Kinder ebenso erstrecken, wie auf die ehelichen.

Nichtsdestoweniger fehlt es nicht an einigen Ausnahmen aus den eben hervorgehobenen allgemeinen Regeln.

In dem Kampfe, den die auf römischem und canonischem Rechte beruhende Legitimation durch nachfolgende Ehe bei ihrer nur nach und nach erfolgenden Reception in Deutschland zu bestehen hatte, blieb sie keineswegs in allen Stücken Sieger. Eines Theils nämlich vermochte sie in dem Familienrechte des hohen Adels nicht Wurzel zu fassen, und anderen Theils mußte

sie sich überhaupt da, wo sie mit rein deutschrechtlichen Instituten in Collision gerieth, mancherlei Einschränkungen gefallen lassen. Als ein noch gesetzlich geltender Ueberrest dieser Einschränkungen ist der Art. 2544 des Privatrechts anzusehen, welcher die Ausnahmebestimmung enthält, daß, außer Adoptirten, auch unehelich Geborene und Legitimirte von der Succession in adelige Güterfamilien Fideicommiße ausgeschlossen sind, soweit der Stifter nicht Abweichendes verordnet hat, was er übrigens in Kurland zu thun nicht befugt ist.

Die von der allgemeinen Intestaterbfolge abweichende Succession in Erbgüter, Gesamthandgüter und Stammgüter beruht gleichfalls auf Satzungen des deutschen Rechtes, dafür aber, daß durch nachfolgende Ehe Legitimirte von der Succession in diese Güter ausgeschlossen oder in dieser Beziehung überhaupt nur schlechter gestellt seien, als ehelich Geborene, dürfte sich in dem zur Zeit geltenden Privatrechte ein Anhalt ebensowenig finden, wie solches hinsichtlich der zur Geltendmachung der Erblosung Berechtigten der Fall ist. Wenn es sich um Theilung ererbter Immobilien und darum handelt, wer unter den Erben zum Naturalbesitz berechtigt ist, so kommt ausweislich der Art. 2713, 2715, 2719, 2720 und 2727 des Privatrechts viel darauf an, wer unter mehreren männlichen Erben und, wenn solche nicht vorhanden sind, wer unter mehreren weiblichen Erben der, resp. die älteste ist. In dieser Hinsicht war früher streitig, ob das Alter der durch nachfolgende Ehe legitimirten Erben, wenn sie mit ehelich geborenen oder erzeugten Erben concurrirten, nach ihrer physischen Geburt, oder aber nach der Zeit ihrer Legitimation zu berechnen sei. Es fehlte nicht an Rechtslehrern, welche, der Legitimation rückwirkende Kraft beilegend, sogar im Falle eines *aliud matrimonium intermedium* den legitimirten Erben hinsichtlich des Rechtes auf den Naturalbesitz den Vorzug einräumten vor den ehelich geborenen, jedoch ihrer physischen Geburt nach jüngeren Erben. Jetzt möchte diese von C. Neumann

in dem Band I der theoretisch praktischen Erörterungen Seite 215—218, lebhaft bekämpfte Ansicht schon durch das später codificirte Privatrecht ausgeschlossen sein, weil die Wirkungen der Legitimation nach Art. 173 erst mit Vollziehung der Ehe beginnen und die Legitimation keine rückwirkende Kraft hat. Dieser Bestimmung wegen steht einem außerehelich geborenen Kinde eine Anwartschaft auf Beerbung seines Vaters und der Blutsverwandten desselben erst von dem Augenblicke seiner Legitimation durch nachfolgende Ehe zu und kann es daher seinen vor diesem Zeitpunkte ehelich geborenen, jedoch ihrer Geburt nach jüngeren Miterben gegenüber das Recht der Erstgeburt nicht in Anspruch nehmen.

Die Bemessung des Rechts auf den Naturalbesitz einfach nach der Geburt eines Legitimirten würde übrigens unter Umständen zu Ergebnissen führen, die das natürliche Rechtsgefühl schwer verletzen und deshalb vom Gesetze sicherlich nicht gewollt sind. Wenn z. B. der Vater eines unehelich geborenen Kindes nicht mit der Mutter desselben, sondern mit einer anderen Frauensperson eine gesetzliche Ehe eingeht, mit derselben eheliche Kinder zeugt, nach dem Tode seiner Frau aber die Mutter seines unehelichen Kindes heirathet, so wäre es doch mit dem natürlichen Rechtsgefühl unvereinbar und stände mit der Bestimmung, daß die Legitimation keine rückwirkende Kraft habe, im Widerspruch, wenn man das legitimirte Kind unter Hintenansetzung der ehelich geborenen Kinder zum Naturalbesitz berechtigt erklären wollte. Auch bei Geltendmachung der Erblosung wäre das Alter der Legitimirten, wenn sie mit ehelich Geborenen concurriren, nicht nach dem Zeitpunkte der Geburt der ersteren, sondern nach der Zeit ihrer Legitimation zu berechnen, obschon dieses nach dem Wortlaut des Art. 1668 des Privatrechts bedenklich erscheint.

VII.

Die Lehre von der Ungültigkeit der Testamente,

nach dem Privatrecht der Ostseeprovinzen.

Von Professor Dr. Erdmann.

1.

A priori läßt sich eine doppelte Betrachtung des Begriffs der Ungültigkeit eines Testaments anstellen, je nachdem man den Zeitpunkt oder die Veranlassung des Eintritts derselben in's Auge faßt. Nach der ersteren Richtung unterscheidet man die Ungültigkeit von Anfang ab von der später eintretenden ¹⁾, nach der zweiten die ipso jure sich äuffernde von der auf Anfechtung erfolgenden. Der vor der bewerkstelligten Anfechtung vorhandene Zustand eines Testaments wird Anfechtbarkeit oder Rescissibilität genannt. Festgehalten muß somit werden, daß die Anfechtbarkeit nicht wie häufig ²⁾ behauptet wird, eine besondere Kategorie der Ungültigkeit überhaupt, sondern nur die Veranlassung einer später eintretenden Aufhebung des Testaments bildet. Ist dieselbe noch nicht durchgeführt, so wird das anfechtbare Testament als ein zur Zeit gültiges angesehen.

Allein noch vor realisirter Anfechtung erzeugt die Gefahr einer solchen einen gewissen Schwebezustand, welcher sich auch in

1) Windscheid Pand. I, § 82, 3.

2) So noch von Windscheid a. a. O. S. 196. Note 7. S. dagegen bef. Wächter, würt. Privatr. II, S. 656 ff. Unger, östr. Privatr. II, S. 160 ff. Sintonis Civilt. I, S. 211, 218. Vgl. auch Savigny, IV, S. 539.

bestimmten Rechtsacten, wie Beschlaglegung durch Intestaterben, Proclamirung u. s. w. äußern kann. Man kann daher sehr wohl auch das bloß anfechtbare Testament als ein in seiner Wirkung gehemmtes den unzweifelhaft in Kraft bleibenden letztwilligen Verfügungen entgegensetzen, wenn man nur dabei festhält, daß ein anfechtbares Testament nicht zu den ungültigen an sich, sondern nur zu den möglicher Weise ungültig werdenden gehört.

Hiernach vermag die Folge etwaiger wesentlicher Verstöße gegen die Vorschriften über Form und Inhalt der Testamente an sich nur eine doppelte zu sein: Nichtigkeit des Testaments (einerlei ob von Anfang an oder später eintretend) und Anfechtbarkeit. Gegen diesen logisch unumstößlichen Schluß hat sich aber eine praktische Einwendung — insbesondere in neuerer Zeit ³⁾ — erhoben, welche scheinbar eine dritte Kategorie, die sog. relative Nichtigkeit, in's Leben gerufen hat. Es war nämlich nicht zu leugnen, daß es eine Reihe von Fällen gab, in welchen ein Testament zwar dem Gesetze nach nichtig war, aber in Wirklichkeit in Kraft blieb, weil es Niemanden gab, der diese Nichtigkeit behauptete. War der Erbe aus dem ungültigen Testament einmal im Erbschaftsbesitz, so blieb er in demselben, wenn ihn Niemand auf gesetzlichem Wege daraus verdrängte. Dieses Inkraftbleiben faktischer Zustände ist eine einfache Folgerung aus der Natur der privatrechtlichen Normen, welche nur auf Klage der interessirten Personen ihre Wirkung äußern. Es ist nur festzuhalten, daß ein derartiges thatfächliches Inkraftbleiben noch kein *Convalesciren* enthält und daß das gerichtliche Auftreten des die Nichtigkeit behauptenden Klägers nicht mit einer bloßen Anfechtung verwechselt werden darf. Denn dieses Auftreten ist in Wirklichkeit nichts Anderes als das Erheben der *hereditatis petitio ab intestato*

3) Vgl. hierüber bes. Brandis in der Zeitschr. für Civilrecht und Proceß, Bd. VII, Heft 4 und 5.

unter Antecipirung der Replik der Nichtigkeit ⁴⁾). Von der Anfechtung eines an sich schon gültigen Testaments unterscheidet sich diese sog. Nullitätsklage aber dadurch, daß sie nicht erst auf Aufhebung des Testaments, sondern auf Constatirung der Nichtigkeit desselben, auf Herstellung der Intestaterbfolge gerichtet wird. Daher wirkt die Anfechtung nur *ex nunc*, die Nichtigkeitsklage *ex tunc*.

Dennoch läßt sich nicht leugnen, daß die große Aehnlichkeit im Verfahren und in der Endwirkung leicht zu einer Confundirung beider Arten der Erbschaftsklagen führen konnte und thatsächlich geführt hat. Insbesondere ist es auch das baltische Provinzialrecht, für welches die vielfach ungenaue Fassung unseres Provinzialgesetzbuches und die mannigfachen Abweichungen, welche dasselbe gegenüber dem gemeinen Recht und den neueren Particulargesetzbüchern festhält, eine Klärung dieser Punkte erheischen. Eine solche soll hier versucht werden.

2.

Allem zuvor ist eine Recapitulation der Stellung des gemeinen Rechts sowie eine Darstellung der Normen der hauptsächlich in Frage kommenden neueren Particularrechte in Bezug auf den vorliegenden Gegenstand angezeigt.

Für das gemeine Recht ist diese ganze Frage eine höchst bestrittene ⁵⁾. Selbst die Nomenclatur der verschiedenen Fälle der Ungültigkeit ist keine einheitliche, indem die Ausdrücke: *testamentum nullum*, *nullius momenti*, *irritum*, *ruptum*, bald für die eine bald für die andere Art der Ungültigkeit gebraucht

4) S. hierzu Förster, preuß. Privatr. IV, § 256 S. 186. Unger, a. a. O. VI, § 22, Note 9.

5) Vgl. Bangerow Pand. I, S. 397, 378; II, § 485 Anm. Windscheid, Pand. I, § 82, III, § 563. Wächter, Handbuch II, § 86. Sinenis, Civilr. I, § 24. Savigny, System IV, § 203. Unger, Handbuch II, § 91 ff, sowie der in Note 3 citirten Aufsatz von Brandis.

werden⁶⁾. Der wesentliche Gegensatz ist auch hier der der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit wobei jedoch die Meinungen darüber, ob ein bloß anfechtbares Testament oder sonstiges Rechtsgeschäft schon von vorn herein „ungültig“ ist oder es erst durch die durchgeführte Aufhebung wird, sehr auseinandergehen⁷⁾. Was nun aber die eigentliche Nichtigkeit betrifft, so wollen manche Schriftsteller⁸⁾ trotz dem Widerspruch der Mehrheit⁹⁾, noch an der Kategorie der sog. relativen Nullität festhalten. Doch modificiren sie die ursprüngliche Auffassung derselben, als einer bloß bestimmten Personen gegenüber vorhandenen Nichtigkeit dahin, daß sie unter einer relativen, bloß eine unentschiedene, eine schwebende Nichtigkeit verstehen, deren Entscheidung erst durch die Erklärung bestimmter Personen herbeigeführt wird. Indem diese letzteren Schriftsteller anerkennen¹⁰⁾ daß es sich in diesen Fällen nicht um die Herbeiführung späterer, sondern um die Constatirung früherer Nichtigkeit handelt, nähern sie sich der anderen Anschauung, welche in diesen Fällen bloß ein factisches Inkraftbleiben thatsächlicher, wenn auch juristisch nichtiger Zustände, nicht eine „unentschiedene Nichtigkeit“ sehen, fast bis auf den Wortlaut. Jedenfalls wollen auch sie diesen Fall von dem einer bloßen Anfechtbarkeit scharf getrennt wissen¹¹⁾.

Es wäre aber ein Irrthum, wenn man aus diesen Discussionen der gemeinrechtlichen Schriftsteller über relative Nullität schließen wollte, als ob das gemeine Recht irgend eine besondere Anlage zur Feststellung der Nichtigkeit eines Testaments für erforderlich gehalten hätte. Das nichtige Testament war ihm

6) Windscheid, a. a. O. III, § 563, Note 2, 4, 8, 9, 10.

7) Windscheid a. a. O. I, § 82 Note 7. Unger a. a. O. II, S. 161. Wuchter a. a. O. II, S. 656 ff.

8) Schliemann, Lehre vom Zwange S. 138. Windscheid a. a. O. I S. 194 ff.

9) S. die in Note 5 Citirten.

10) Vgl. bez. Windscheid a. a. O. I, S. 198, Note 10 a. G.

11) ebendaß. S. 196, 2.

stets ein nicht vorhandenes Testament. Nur konnte es vorkommen, daß bei äußerer Fehlerfreiheit desselben der eingefetzte Testamentserbe den *provisorischen Besitz* der Erbschaft erhielt ¹²⁾ und dadurch den unrechtmäßig übergangenen Intestat- oder sonstigen Erben nöthigte die *hereditatis petitio* gegen ihn anzustellen. Dieser Fall und diese Klage enthalten im Keim die moderne sog. Nullitätsklage oder die Anfechtung wegen Nullität. War dieser Erbschaftsbesitz nicht vorhanden, so bedurfte es keines Rechtsmittels, um die Nichtigkeit des Testaments zu constataren. Auch selbst, wenn es vorhanden war, ging, wie eben gezeigt worden, das angewandte Rechtsmittel nicht gegen das ungültige Testament, sondern gegen den unrechtmäßigen Erbschaftsbesitz. Nur beiläufig, im processualischen Verfahren, kam dann die Nichtigkeit des Testaments zur Sprache.

Wie fast Alles in dieser Lehre, so ist auch die Frage nach der Wirkung einer etwaigen Anerkennung des nichtigen Testaments durch den nächstberufenen Erben in hohem Grade bestritten. Während die Einen ¹³⁾ hier zwischen anfechtbaren und nichtigen Testamenten unterscheiden, nur im ersteren Falle eine Anerkennung gelten lassen wollen und im zweiten Fall derselben höchstens dann eine Wirkung gewähren, wenn die Bedingungen einer Veräußerung der Erbschaft vorliegen, wollen die Anderen ¹⁴⁾ in jedem Fall der wissentlichen Anerkennung einen relativen Verzicht des Anerkennenden auf die Erbrechtsklage sehen, ohne daß damit ein Verzicht auf das Erbrecht selbst und ein Nachrücken des Nächstberufenen verbunden sei. Die Anerkennung würde also nach dieser letzteren Ansicht eine factische, aber keine rechtliche Gültigkeit des Testaments hervorrufen, falls der durch

12) Die sog. *missio scripti heredis in possessionem*. Vgl. Windischheid a. a. O. III, § 617, Note 6.

13) Mühlenthal, Commentar XXXVII, S. 319 ff. Bangerow a. a. O. II, S. 194 ff. Sittenis III, S. 469 ff.

14) Bähr, Anerkennung § 51. Windischheid a. a. O. III, § 566.

das letztere Berufene durch den Richter den Erbschaftsbesitz erlangt hat. Die bloß factische Wirkung derselben äußert sich namentlich für den Fall, wenn der Erbe aus dem (nichtigen) Testamente seinen provisorischen Besitz aus irgend einem Grunde definitiv aufgibt. In diesem Falle konnte der Anerkennende die Erbschaft wieder antreten, da sein Verzicht nur ein relativer, bloß der Person des Testamentserben gegenüber vollzogener war ¹⁵⁾).

3.

Diese cursorische Darstellung der Frage nach dem gemeinen Rechte dürfte genügen, um in die Schwierigkeit derselben einzuführen. Ehe wir uns zur Behandlung der Stellung des baltischen Provinzialrechts zu derselben wenden, dürfte es instructiv sein, die Auffassung derjenigen deutschen Particulargesetzbücher kennen zu lernen, welchen die gleiche Aufgabe der Verarbeitung des römischen Rechts für moderne Bedürfnisse oblag.

Vor Allem ist dies das preussische Landrecht. Dasselbe unterscheidet drei Arten der Unwirksamkeit eines Testaments, die Ungültigkeit, die Entkräftung und die Vereitlung desselben. Die Ungültigkeit ist die von Anfang an bestehende Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, die Entkräftung die später eintretende Nichtigkeit oder Aufhebung, die Vereitlung die Desertion des Testaments durch Wegfall des oder der berufenen Erben ¹⁶⁾. Was nun die vor Allem hier in Frage kommende Nichtigkeit betrifft, so braucht dieselbe nur dann durch eine besondere Klage des wahren Erben durchgeführt zu werden, wenn der Erbe aus dem nichtigen Testamente schon die Erbschaft besitzt ¹⁷⁾. Eine

15) Vgl. auch Windscheid a. a. D. III, § 566, Note 3.

16) A. L. R. I. 12 § 563—610. Förfster, Preuß. Privatr. IV, S. 185 ff.

17) Daß diese Klage auch hier weiter Nichts ist als die gewöhnliche Erbschaftsklage, darüber vgl. Koch, Preuß. Erbrecht S. 688. Förfster a. a. D. S. 187 a. A.

Anerkennung des letzteren durch den berufenen Erben macht zwar das Testament nicht gültig, läßt es aber factisch in Kraft bestehen, weil der allein zur Erbschaftsklage Berufene auf dieselbe verzichtet hat¹⁸⁾. Neben der Nichtigkeit wird für das preußische Recht wie für das gemeine auch eine Anfechtbarkeit des Testaments festgehalten und zwar wegen Uebergang von Notherben. Da jedoch in diesem Falle bloß eine Klage auf den Pflichttheil gewährt wird, nicht eine querela nullitatis oder inofficiosi testamenti, so besteht die Wirkung auch nur in einer theilweisen Modification des Testaments, nicht in einer Ungültigkeit desselben¹⁹⁾. Eine eigentliche Rescissibilität des Testaments kommt hier daher regelmäßig nicht vor, eine Praecedenz für die analoge Anschauung des baltischen Rechts.

Aus dieser Zusammenfassung geht hervor, daß das preußische Recht fast ganz auf dem Fundament des römischen steht. Auch hier ist das factische Bestehen eines nichtigen Testaments noch keine Convalescenz desselben. Auch hier wird im Falle erlangten Erbschaftsbesitzes eine besondere Klage gegen das nichtige Testament verlangt. Auch hier enthält die Anerkennung des letzteren nicht einen Verzicht auf die Delation selbst, sondern einen Verzicht auf die Geltendmachung derselben. Nur durch den Wegfall der Rescissibilität bahnt sich eine Weiterentwicklung über das römische Recht hinaus an.

Aehnlich steht das östreichische Recht²⁰⁾. Auch dieses kennt nur nichtige, nicht anfechtbare Testamente und unterscheidet bloß hinsichtlich der ersteren die schon von Anfang an vorhandene Nichtigkeit von der erst später eintretenden Entkräftung und von der Unwirksamkeit durch Wegfall des Testamentserben. Dasselbe

18) D. h. vorausgesetzt, daß der Testamentserbe in den Besitz gelangt war. Ist dies nicht der Fall — wie bei formell fehlerhaften Testamenten — so hilft ihm die Anerkennung des Intestaterben nichts, es sei denn, daß darin eine Cession der Intestaterbanprüche liegt.

19) Förster a. a. O. IV, § 288, S. 77 ff.

20) Vgl. hier bes. Unger a. a. O. VI, § 22–24.

verlangt jedoch, wie das preußische, eine Constatirung der Nichtigkeit durch Klage des geschädigten Erben, und zwar für den Fall, daß der Erbe aus dem ungültigen Testament die Erbschaft gerichtlich angetreten hat ²¹⁾ und läßt diese sog. Nullitätsquerel, welche aber auch hier nichts Anderes ist als die Erbrechtsklage mit anticipirter Replik der Nullität des Testaments ²²⁾, schon in 3 Jahren, gerechnet von dem Erbschaftsantritt des Gegners verjähren. Der schon im Besitz befindliche wahre Erbe bedarf auch hier dieser Klage nicht und die Folge der Nichtgeltendmachung derselben sowie die Folge einer Anerkennung des ungültigen Testaments durch den Klageberechtigten, besteht nicht in der Convalescenz, sondern bloß in dem factischen Inkraftbleiben des, schon realisirten, ungültigen Testaments ²³⁾. Eine nachfolgende Ungültigkeit kann entweder durch rechtliche Vorschrift (bei Verlust der Testirfähigkeit und bei Geburt eines posthumus, welcher Notherbe ist) oder durch Willensact des Erblassers erfolgen. Für den Fall der Uebergehung eines Notherben existirt auch hier keine Anfechtung des Testaments im Ganzen, sondern eine bloße Pflichttheilsklage und nur der Ausnahmefall der Uebergehung des einzigen Kindes aus Irrthum kann hier — wie auch im preußischen Recht — zur Anfechtung des ganzen Testaments führen ²⁴⁾. Abgesehen von diesem Ausnahmefall kennen aber beide Rechte eine Angreifbarkeit des ungültigen Testaments nur durch die hereditatis petitio, nicht durch Rescission.

21) Hierin liegt eine Abweichung von dem preußischen Recht, welche sich aus dem stets vor Gericht verlaufenden „Verlassenschaftsverfahren“ des österreichischen Rechts erklärt. Unger a. a. D. § 22, Note 6.

22) Unger a. a. D. S. 100, Note g.

23) Unger a. a. D. § 22, Note 4.

24) Daß in diesem Falle nicht eine Nullität, sondern eine bloße Anfechtbarkeit vorliegt, geht aus der Thatsache hervor, daß mit Ablauf der Verjährungszeit das nicht angefochtene Testament nicht etwa bloß factisch, sondern auch rechtlich in Kraft verbleibt, daher auch jede *Einrede* gegen dasselbe ausgeschlossen ist. Vgl. Unger a. a. D. § 87, Note 17 und 18.

Das sächsische Civilgesetzbuch ²⁵⁾ macht es sich mit der Erörterung dieses Gebiets insofern leicht, als es eine eigne Lehre über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Testamente gar nicht aufstellt, sondern die letzteren unter den Rechtsgeschäften überhaupt mit abhandelt. Dasselbe kennt keine Nichtigkeitsklage, sondern behandelt nichtige Rechtsgeschäfte, wie nicht vorhandene. Auf die Frage, in wiefern auch nichtige Geschäfte wegen Nichtconstatirung der Nichtigkeit factischen Bestand behalten können, läßt sich das Gesetzbuch nicht ein. Der Notherbenanspruch geht auch hier nur auf das Pflichtheil und bloß der nachgeborne Notherberumpirt das Testament.

4.

Wir wenden uns jetzt den Bestimmungen des baltischen Provincialgesetzbuches über die Ungültigkeit der Testamente zu. Was zuvörderst die *Nomenclatur* betrifft, so redet die Codification nur von „unwirksamen“ und „ungültigen“ Testamenten ²⁶⁾. Schon bei dieser Gelegenheit fällt es auf, daß die Kategorie der Anfechtbarkeit nicht mit einem Worte erwähnt wird. Auch als einer Unterart der ungültigen und unwirksamen Testamente wird der Anfechtbarkeit nicht gedacht. Vielmehr unterscheidet das Gesetz ²⁷⁾ bloß zwischen den „von Anfang an ungültigen“ und denjenigen Testamenten, welche „in der Folge ihre Wirksamkeit und Gültigkeit verlieren.“

Wie aus den oben ²⁸⁾ gegebenen Erörterungen hervorging, kann es a priori drei Arten der Constatirung der Ungültigkeit des Testaments geben:

25) Sächsl. Civilgesetzbuch, Art. 103 ff, 2600 und 2601.

26) Prov.-R. III, Art. 2107, 2108, 2111, 2476 Anm., 2787, 2788, 2789, 2791.

27) Prov.-R. III, Art. 2788. Die Ausdrücke „Wirksamkeit“ und „Gültigkeit“ werden in der Codification als gleichwerthige gebraucht.

28) S. Pft. 1.

1) Die Nichtigkeit ipso jure, ohne besondere Klage eines Dritten.

2) Die Nichtigkeit auf durchgeführte Nichtigkeitsklage, daher mit Rückziehung ihrer Wirkung (ex tunc).

3) Die Nichtigkeit nach durchgeführter Anfechtung, ohne Rückziehung (ex nunc).

Die ostfeeprovincielle Codification hat sich über das Wesen der Ungültigkeit des Testaments nicht klar ausgesprochen. Einerseits unterscheidet dieselbe zwischen den einzelnen Arten der Ungültigkeit nicht scharf und läßt außerdem die eigentliche Anfechtbarkeit ganz fallen, indem sie für die gemeinrechtlichen Fälle derselben nur einen Anspruch auf Herausgabe bestimmter Sachen oder Erbquoten, nicht aber auf Aufhebung des ganzen Testaments gewährt, so daß hier nur von einer theilweisen Entkräftung die Rede sein kann²⁹⁾. Andererseits verwechselt die Codification wenigstens dem Ausdrucke nach Anfechtung und Nichtigkeitsklage³⁰⁾, und hebt nicht ausdrücklich hervor, in welchen Fällen es dieser Klage nothwendig bedarf³¹⁾. Es ist daher nicht so leicht, sich in dieser auch practisch so durchgreifenden Frage zurechtzufinden.

Vor Allem läßt sich jedoch bei genauerer Betrachtung der Unterschied zwischen von Anfang an nichtigen und später nichtig werdenden Testamenten auch in der Codification durchführen. Als ungültig von Anfang an ist darnach dasjenige Testament zu bezeichnen, welchem die seine Ungültigkeit verursachenden Mängel von Anfang an anhaften. Das Gesetz führt hier folgende Fälle als die einzigen auf³²⁾:

29) Prov.-R. III, Art. 2793, 2794, 2795. Vgl. weiter unten im Text P. 7.

30) Prov.-R. III, Art. 2476 und 2789 („als nichtig anfechten“).

31) Denn Art. 2789 spricht nur davon, daß eine Nichtigkeitsklage angestellt werden kann.

32) Art. 2789. Daß diese Fälle nicht etwa bloße Beispiele sind, geht aus der Fassung der Eingangsworte des Artikels hervor „kann in folgenden“.

1) Unfähigkeit des Erblassers, ein Testament zu errichten ³³⁾.

2) Verlegung der wesentlichen Formalien.

3) Errichtung aus Zwang, Betrug oder wesentlichem Irrthum ³⁴⁾.

4) Gesehwidrigkeit aller einzelnen Bestimmungen des Testaments ³⁵⁾.

5) Unverständlichkeit, Sinnlosigkeit und innerer Widerspruch aller Bestimmungen des Testaments.

6) Unvollendetheit der Disposition.

Hinzuzufügen ist schon an dieser Stelle mit Rücksicht auf die Punkte 3, 4 und 5, daß ein bloß theilweise mangelhaftes Testament auch nur theilweise ungültig ³⁶⁾ wird, mit Ausnahme derjenigen Fälle in Curland, wo die Mängel die Erbeinsetzung aufheben ³⁷⁾.

„den Fällen als in seinem ganzen Umfange nichtig angefochten werden.“ Daher sind hier z. B. Testamente von Selbstmördern gültig, wenn sie in zurechnungsfähigem Geisteszustande errichtet wurden.

33) Späterer Verlust der Testirfähigkeit relevirt nach Provincialrecht nicht. Anderer Anschauung huldigt das gemeine Recht. *Windscheid* a. a. O. III, § 563, Note 7. *Wangerow* a. a. O. II, § 458, Anm. 1. Daher ist ein von einem Verschwender vor ergangener Prodigalitätserklärung errichtetes Testament hier gültig. Vgl. auch *Unger* a. a. O. VI, § 23, Note 1.

34) Hier wird somit die gemeinrechtlich strittige Frage, ob die erzwungene Disposition nichtig oder bloß anfechtbar ist, zu Gunsten der ersteren Anschauung entschieden. Vgl. *Glück Comm. XXXIII, C. 426 ff.* *Mühlenbruch, Comm. XLIII, C. 485 ff.* *Arndts Pand. § 491, Note 2.* Vgl. auch *Prov.-R. III, Art. 2108.*

35) Unter dem Gesetz kann hier, wegen der dispositiven Natur der reinen Privatrechtsnormen, nur die *lex cogens* verstanden werden, wie wenn z. B. alle Bestimmungen des Testaments der Moral oder dem Strafgesetz zuwiderlaufen.

36) *Prov.-R. III, Art. 2788.* Dieser Satz wird zwar hier direct nur auf Eib- und Eßland bezogen, gilt aber, wie aus der Fassung der Punkte 3, 4 und 5 des Art. 2789 hervorgeht, auch für Curland. Aehnlich das österreichische Recht (*Unger* a. a. O. § 22, Note 2).

37) *Prov.-R. III, Art. 2123 und 2791.*

Diesen von Anfang an ungültigen Testamenten (nichtigen Testamenten) stehen in der Codification als später ungültig werdende (wirkungslose Testamente) gegenüber:

1) in Eurland dasjenige Testament, welches seine Erben sämtlich, sei es wegen Unfähigkeit oder aus einem andern Grunde verliert ³⁸⁾ (*testamentum destitutum seu desertum*);

2) in Liv- und Estland dasjenige Testament eines kinderlosen Testators, nach dessen Errichtung ³⁹⁾ dem Testator ein Leibeserbe geboren wird (*testamentum ruptum*), es sei denn, daß der Testator diesen Fall ausdrücklich berücksichtigt hat ⁴⁰⁾.

War dagegen der Testator nicht kinderlos, so hat der posthumus bloß einen Anspruch auf eine ebenso große Erbquote, wie seine Geschwister ⁴¹⁾.

Neben diesen nichtigen und wirkungslosen Testamenten kommen anfechtbare im gemeinrechtlichen Sinne hier gar nicht vor. Denn der wesentliche ⁴²⁾ Fall der Anfechtbarkeit, die Verlegung der Notherbenrechte, berechtigt in den Ostseeepro-

38) Prov.-R. III, Art. 2791. Ueber die Wirkung der Codicillarclausel vgl. weiter unten im Text. — In Liv- und Estland wird in diesem Falle das Testament in seinen übrigen Anordnungen, insbesondere den Legaten, aufrechterhalten, sei es durch den Intestaterben oder durch den Nachlasscurator — selbst bei namentlicher Dnerirung des Testamentserben, Art. 2791. Anmerkung 2.

39) einerlei ob vor oder nach dem Tode des Testators.

40) Prov.-R. III, Art. 2796. Ein Testator mit Stiefkindern gilt als kinderlos, selbst wenn Einkindschaft vorlag. Vgl. Zwingmann, Entscheidungen III, 337. Anders bei Adoptivkindern.

41) Für den Fall, daß die Geschwister verschiedene testamentarische Erbquoten erhalten haben, trifft das Gesetz keine Anordnung. Es dürfte hier — da das Testament jedenfalls nach Art. 2796 nicht kraftlos werden soll — nur übrig bleiben, den Anspruch des posthumus auf seine Intestaterbportion zu fixiren. Auch das Rindestheil der Wittwe leidet durch den posthumus, nicht aber ihr sonst durch das Testament zugedachte Vortheile. Dieser Satz wird zwar in Art. 2796 Anmerkung nur für das estländische Stadtrecht anerkannt, geht aber aus der Natur der Wittwenrechte auch für die anderen Statutarrechte hervor.

42) Die Anfechtbarkeit wegen Willensmängel ist hier jedenfalls zur Richtigkeit geworden. Vgl. oben Note 34.

vinzen, einerlei ob es die wirklichen Notherben Gurlands oder die Erbgutsansprüche Liv- und Estlands betrifft, bloß zu einer Pflichttheils- resp. Erbgutsklage, nicht zu einer Anfechtung des ganzen Testaments⁴³⁾.

5.

Die eigentliche Anfechtung des gemeinen Rechts ist somit für die Testamente der Ostseeprovinzen als solche weggefallen. Durch diesen Umstand erklärt es sich nun, daß der Ausdruck „Anfechtung“ hier für Etwas ganz Anderes gebraucht worden ist, nämlich für die oben bereits mehrfach erwähnte Nichtigkeitsklage der nächsten Erbprätendenten. Dieselbe wird zudem der wirklichen Anfechtung in soweit näher gebracht, als sie auf den zur Zeit ersten Prätendenten beschränkt wird und im Falle des Schweigens desselben verloren geht⁴⁴⁾. Ein Einrücken des nächsten Prätendenten bei Verzicht oder Schweigen des erstberechtigten ist somit unzulässig. Damit wird für das Provincialrecht der auch in den anderen neuen Particularrechten und nach der richtigen Anschauung⁴⁵⁾ auch im gemeinen Recht geltende Satz anerkannt, daß der Verzicht oder das Schweigen nur die Erbrechtsklage trifft, nicht das Erbrecht selbst. Die „Anfechtung“ mit der Nichtigkeitsklage ist daher auch hier nichts Anderes als die Erbrechtsklage, mit anticipirter Replik der Nichtigkeit des Testaments.

43) Prov.-R. III, Art. 2793, 2794 und 2795. Daß durch die Durchführung dieser Ansprüche eine verhältnismäßige Herabsetzung der testamentarischen Erbquoten, resp. eine Entziehung einer res certa aus dem Nachlaß statfinden kann, hebt die Fortdauer der Gültigkeit des Testaments im Ganzen nicht auf. Es kann somit von der Kategorie der Anfechtbarkeit nur bei der Lehre von der theilweisen Ungültigkeit der Testamente die Rede sein, worüber vgl. weiter unten im Text P. 7.

44) Prov.-R. III, Art. 2477, 2478, 2798. Wenn der Art. 2477 nur von „gesetzlichen Erben“ als Anfechtungsberechtigten redet, so vergißt er offenbar den Fall, wo ein testamentarischer Erbe aus einem früheren gültigen das ungültige spätere Testament ansieht.

45) Vgl. oben S. 193.

Es kann somit wegen Ausbleibens dieser „Anfechtung“ auch ein ungültiges Testament — zwar nicht gültig werden — aber doch factisch in Kraft bleiben ⁴⁶⁾. Doch gehört selbstverständlich zum Inkraftbleiben, daß es schon in Kraft gesetzt war, daß es realisirt worden ist oder wenigstens zu realisiren begonnen wurde. Es muß daher der Testamentserbe entweder schon in den factischen Besitz des Nachlasses auf Grund seines Testamentanspruchs gelangt sein ⁴⁷⁾ oder einer hereditas jacens gegenüber Schritte zur Erlangung der Rechtskraft gethan haben, z. B. ein Proclam exportirt haben, damit die Nullitätsklage gegen ihn mit Erfolg angestellt werden kann ⁴⁸⁾. Denn die Anstellung dieser Klage kann von dem dazu berechtigten wahren Erben doch nur dann mit Fug verlangt werden, wenn derselbe durch das Testament wirklich in seinem Recht verletzt oder gestört wird. Es wäre doch absurd, von dem ruhig im Besitze befindlichen Erben jedesmal die Anstellung der Nullitätsklage zu verlangen, sobald er von einem Testament hört, welches vielleicht gar nicht geltend gemacht wird. Es muß stets Sache desjenigen sein, der einen neuen Anspruch durchsetzen will, Klage zu führen. Auch die baltische Codification sagt nur, daß ein ungültiges Testament von dem Berechtigten angefochten werden kann oder darf, nicht daß es angefochten werden muß ⁴⁹⁾.

46) Vgl. auch Mühlenbruch, Comm. XXXVIII, §. 134 ff. Bähr, Anerkennung § 81. Förster a. a. O. IV § 256, Note 5.

47) Wie dies regelmäßig nur bei einem „äußerlich fehlerfreien“ Testament, also einem solchen, bei welchem die Mängel nicht sofort auch für den Richter erkennbar sind, der Fall sein soll. Art. 2480. Zu diesen letzteren Fehlern kann aber nicht bloß der Mangel der wesentlichen Formalien gehören, sondern z. B. notorische Testirungsunfähigkeit. Ueberhaupt ist nach dem Art. 2480 der Richter in Bezug auf die Besitzeinweisung hier freier gestellt.

48) Prov.-R. III, 2479 und 2452. Meldet sich auf das Proclam des Testamentserben ein anfechtender Intestaterbe, so vertheilen sich die Rollen des Klägers und des Beklagten je nach der vorherigen Regelung der Besitzfrage. Der Erbschaftsbesitzer ist jedesmal der Beklagte. War keiner im Besitz, so sind beide Kläger — gegenüber der hereditas jacens. Prov.-R. III, Art. 2598.

49) Prov.-R. III, Art. 2477 und 2789.

Hiernach braucht also diese Nichtigkeitsklage nur gegen ein in Kraft gesetztes, resp. gerichtlich proclamirtes Testament angestellt zu werden, einerlei ob es sich um eine anfängliche oder spätere Nichtigkeit handelt. Von dem preussischen System⁵⁰⁾ unterscheidet sich das baltische nur dadurch, daß hier nicht nothwendig Erbschaftsbesitz des Erben aus dem ungültigen Testament vorzuliegen braucht, um die Klage anstellen zu müssen, sondern daß auch der bloße Aufruf zur Anmeldung von Anfechtungen gegen das Testament zur Klageanstellung nöthigen kann, — von dem östreichischen Recht⁵¹⁾ aber nur dadurch, daß dort schon der bloße Erbschaftsantritt vor Gericht genügt, um den Klagefall zu begründen. Im Uebrigen aber, insbesondere in Bezug auf die Identität der Anfechtung mit der hereditatis petitio und auf die bloß constatirende Kraft dieser Klage gegenüber dem Testament stimmt das hiesige Recht mit den gedachten neueren Particularrechten ganz überein.

6.

Es fragt sich nun aber ferner, welche Wirkung die Nichtanstellung dieser Klage, resp. die Anerkennung des ungültigen Testaments durch den Anfechtungsberechtigten ausübt. Hier scheiden sich die Rechtsnormen Liv- und Estlands von denen Curlands.

In Curland hat weder das Schweigen des Klageberechtigten noch dessen Anerkennung auf die formelle Gültigkeit des nichtigen Testaments Einfluß⁵²⁾. Dasselbe bleibt nichtig. Aber, wenn es in Kraft gesetzt war, verbleibt es in factischer Kraft. Und wenn zuletzt die Verjährung jeder Erbschaftsklage eingetreten ist und irgend ein Erbschaftsbesitzer die Erbschaft

50) Vgl. oben Note 18. S. Förster a. a. D. S. 183 ff.

51) Unger a. a. D. § 22 Note 6. Vgl. oben Note 21.

52) Prov.-R. III, Art. 2789 Anmfg. a. E.

erfassen hat, verwandelt sich auch hier der bloß factische Zustand in einen rechtlichen. Bis dahin aber ist ein Schwebezustand vorhanden. Auch die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung bindet bloß den Anerkennenden ⁵³⁾, wirkt nicht direct auf das Testament selbst.

In Liv- und Estland muß hier zwischen heilbaren und unheilbaren Mängeln unterschieden werden. Zu den durch Anerkennung der Interessenten heilbaren Fehlern zählt die Codification ⁵⁴⁾ die Testirunfähigkeit des Erblassers, den Mangel der wesentlichen Formalien, die Errichtung durch Zwang, Betrug und Irrthum und die Unvollendetheit der Disposition. In diesen Fällen kann durch Anerkennung des oder der Anfechtungsberechtigten eine wirkliche Convalescenz des Testaments, eine volle Rechtskraft desselben zu Wege gebracht werden. Also nur bei direct gesetzwidrigen und bei unverständlichen Testamenten tritt dasselbe Verfahren ein, wie in Curland. Einer Nichtigkeitsklage bedarf es aber in diesen letzteren Fällen wohl nur selten, da bei derartigen Testamenten der Richter schwerlich in der Lage sein wird, die Realisation des Testaments zuzulassen.

Hiernach stellt sich das Verfahren folgendermaßen. Offenbar fehlerhafte ⁵⁵⁾ Testamente werden vom Gericht selbst, als zur provisorischen Besizeinweisung nicht geeignet, angesehen und verschaffen daher keinen Erbschaftsbesitz. Andere ungültige Testamente können einen solchen verschaffen oder wenigstens zur Erlassung eines Testamentsproclams ⁵⁶⁾ Veranlassung geben und müssen

53) Prov.-R. III, Art. 2798.

54) Prov.-R. III, Art. 2789 Anmßg. a. A.

55) D. h. also gesetzwidrige, unverständliche, formwidrige. Doch können die formwidrigen in Liv- und Estland durch Anerkennung der Interessenten convalesciren.

56) Art. 2451. Dasselbe ist wohl zu unterscheiden von dem einfachen Nachlassproclam der Art. 2619 ff. Das erstere provocirt bloß die Anfechter des Testaments, das letztere alle Erben.

in diesen beiden Fällen von dem Nächstberechtigten binnen gesetzlicher ⁵⁷⁾ oder Proclamsfrist als nichtige ⁵⁸⁾ angefochten werden, widrigenfalls sie in Curland zur factischen Realisirung gelangen. In Liv- und Estland können dieselben und neben ihnen auch formwidrige Testamente, wenn auch kein Erbschaftsbesitz mit ihnen verknüpft ist, durch Consens der Anfechtungsberechtigten, resp. durch Nichtanmeldung derselben in der Frist des erlassenen Testamentsproclams direct convalesciren ⁵⁹⁾ und nur strict gebietenden Gesetzen widersprechende und ganz unverständliche Testamente können nirgendswow zur Realisation gelangen.

Ein Ausnahmefall, welcher für Curland (in Anlehnung an das gemeine Recht) ein an sich ungültiges Testament auch trotz stattfindender Nichtigkeitsklage aufrechterhalten läßt, liegt in der sog. Codicillarclausel vor, d. h. in der eventuellen Bezeichnung desselben durch den Testator als Codicill. Selbstverständlich müssen dann die Voraussetzungen eines gültigen Codicills vorliegen. In diesem Fall gilt eventuell der Intestaterbe als onerirt und zur Entrichtung der Legate und Fideicommissse verpflichtet, darf jedoch die falcidische Quart abziehen ⁶⁰⁾. Uebrigens beschränkt auch das curländische Recht die Wirksamkeit der Codicillarclausel auf die Fälle einer völlig mangelnden Erbeinsetzung oder des späteren Wegfalls aller instituirten Erben ⁶¹⁾.

57) Art. 2620.

58) Art. 2789 a. A. Daher gilt als Delationsmoment für den mit seiner Anfechtung durchdringenden Intestaterben nicht der Zeitpunkt der richterlichen Nichtigkeitserklärung, sondern der Tod des Erblassers. Art. 1891.

59) Der praktische Unterschied besteht in dem Erlangen der formellen Rechtskraft nach Jahr und Tag nach Art. 2452, welche auch alle sonstigen Einreden gegen das convalescirende Testament beseitigt, während das bloß factisch realisirte Testament Curlands bis zu einer etwaigen Verjährung, resp. Ersetzung, gegen sonstige Einreden nicht schützt.

60) Art. 2792 und 2308. — Windscheid a. a. O. III, § 231.

61) Während das gemeine Recht weiter geht und auch ungültige Erbeinsetzungen selbst convalesciren läßt, indem sie dieselben in Erbschaftsfideicommissse verwandelt l. 88 § 17 Dig. de legat. II (31).

7.

Neben den bisher geschilderten Fällen der Ungültigkeit wird im Provincialgesetzbuch mehrfach eine theilweise Ungültigkeit der Testamente anerkannt. Dieselbe findet nicht bloß bei der schon oben ⁶²⁾ erwähnten Nichtigkeit bloß einzelner Bestimmungen desselben statt, sondern auch bei der Verletzung der Notherben- und Erbgutsrechte, sowie eventuell auch bei der Geburt eines posthumus. So bewirkt die Verletzung des Notherbenanspruchs in Curland, ähnlich wie in Preußen, Oestreich und Sachsen, nicht wie nach gemeinem Recht eine Umstößung des ganzen Testaments oder wenigstens aller Erbeinsetzungen, sondern bloß eine Auskehrung des Pflichttheils, wodurch denn allerdings mittelbar eine Herabsetzung der testamentarischen Erbquoten hervorgerufen wird ⁶³⁾. Selbst der posthumus kann in Curland nicht mehr verlangen als den Pflichttheil, so daß derselbe ungünstiger gestellt ist als der posthumus Liv- und Estlands ⁶⁴⁾. Auch die Verletzung des Rechts der Erbgüter in Liv- und Estland ⁶⁵⁾ bewirkt keine Umstößung des Testaments im Ganzen, sondern bloß das Ausscheiden des Erbguts aus dem Nachlaß, wodurch allerdings möglicherweise das ganze Testament unerfüllbar wird ⁶⁶⁾.

Von diesen Fällen der theilweisen Außerkraftsetzung des Testaments durch Abstreitung gewisser Nachlassobjecte oder Erbschaftsquoten enthält übrigens die Verletzung des Pflichttheilsrechts keine wirkliche Ungültigkeit. Hier liegt vielmehr die einzige im Provincialrecht nachweisbare Anwendung der Kategorie der Anfechtbarkeit vor. Daher wird im Falle mangelnder

62) Vgl. S. 199 a. E.

63) Art. 2793.

64) S. oben S. 200 Nr. 2.

65) Zu denen man wohl auch die curländischen Stammgüter des Art. 2002 hinzufügen muß.

66) Z. B. wenn das Vermögen nur aus dem Erbgut bestand oder wenn alle Legate gerade auf das letztere angewiesen sind. Vgl. Art. 2795.

Pflichttheilsklage nicht bloß ein factisches Inkraftbleiben des bezüglichen Testaments erzielt, sondern das letztere bleibt in solchem Falle als ein wirklich von Anfang an rechtsgültiges bestehen. Dagegen bildet die Verletzung des Erbgutsrechts einen direct vom Gesetz mit Nichtigkeit ⁶⁷⁾ belegten Act, wenngleich auch hier eine Nichtigkeitsklage erforderlich ist, um die Nichtigkeit zu realisiren. Hat aber diese Klage stattgefunden und Erfolg gehabt, so hebt sie die angefochtene Verfügung von Anfang an auf ⁶⁸⁾ und reducirt, resp. laedirt alle diejenigen testamentarischen Dispositionen, bei welchen das Erbgut eine Rolle spielt. Eine Anerkennung oder Genehmigung durch den Erbgutsberechtigten hebt die Nichtigkeit wieder auf ⁶⁹⁾.

8.

Ueberhaupt kann die Anerkennung von Seiten des Klageberechtigten jedes Testament zur Geltung bringen, welches nicht ipso jure — also auch ohne besondere Nichtigkeitsklage — außer Acht gelassen werden muß. Eine derartige Anerkennung des ungültigen, aber noch der Klage bedürftigen Testaments enthält eben auch nach Provincialrecht einen Verzicht auf die Erbrechtsklage ⁷⁰⁾, wobei jedoch vorausgesetzt werden muß, daß der Verzichtende die Ungültigkeit des Testaments kennt ⁷¹⁾. Die Anerkennung des letzteren braucht aber keine ausdrückliche zu sein. Insbesondere zählt die Codification den Fall der Nicht-

67) Prov.-R. III, Art. 962, 966, 970, 972. Vgl. auch *Zwingmann*, Entscheidungen VI, 1012.

68) Immer aber nur für denjenigen Theil des Erbguts, welcher gerade auf den Kläger fällt.

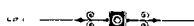
69) Daher heißt die Zustimmung des Klageberechtigten zu der Disposition über das Erbgut die Nichtigkeit dieser letzteren. Art. 1997.

70) Vgl. auch *Unger a. a. O.* VI, § 22, Note 4. *Franke* im Archiv für civ. Pr. XIX, S. 1874.

71) Sonst bleibt ihm die hereditatis petitio bis zum Ablauf der Verjährungsfriest. Art. 2619. Vgl. auch *Unger a. a. O.* VI, § 22, Note 4. a. G.

anmeldung der Ansprüche im Testamentsproclam zu den Fällen der stillschweigenden Anerkennung ⁷²⁾. Ebenso gehört der Fall der theilweisen Erfüllung des Testaments durch den Klageberechtigten hierher. Doch muß auch hier die Absicht der Anerkennung aus diesen factis concludentibus mit einiger Sicherheit gefolgert werden können.

72) Derselbe kann jedoch wohl nur dann hierher rubricirt werden, wenn der Klagberechtigte sein Anfechtungsrecht kannte. War dies nicht der Fall, so wird er zwar auch praecludirt, aber er hat deswegen noch nicht anerkannt.



Berichtigungen.

- S. 133 Zeile 8 von unten statt: Erwähnung, lies: Erwägung.
 144 4 von oben statt: ad judicata, lies: adjudicata.
 „ 12 , statt: Grundzügen, lies: Grundjahren.
 20 statt: 2010 lies: 1010.
 154 „ 16 sind die Worte: „von agnatischen Ascendenten herstammende“ zu streichen.
-

VIII.

Ein Beitrag zur Lehre von der Ertheilung des Zuschlages bei Subhastationen außerhalb des Concurſes.

Von Oberhofgerichtsadvokat **Julius Schiemann** in Mitau.

Als anno 1874 D. Bähr in dem Aufſatz Nr. IV. des XIII. Bandes der Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts den Satz vertheidigte, daß

„ſo lange ein vorſtehender Hypothecarier durch das Meistgebot nicht gedeckt iſt, ohne ſeine Zuſtimmung auf den Antrag eines nachſtehenden Gläubigers der Zuſchlag nicht erfolgen dürfe“,

glaubte ich annehmen zu dürfen, daß dieſer Satz in der curländiſchen Praxis volle Anerkennung ſtets gefunden habe. Es war mir ſelbſt, trotz Umſchau in den Acten, kein Fall bekannt, wo in entgegengeſetztem Sinn entſchieden worden wäre und erfahrene Praktiker beſtätigten mir dasſelbe und fügten hinzu, daß ſie, wenn ſie auf Subhastation für einen nachſtehenden Gläubiger anträgen, den Ausbot ſtets bedingungsmäßig mit einer Summe beginnen ließen, welche die vorſtehenden Gläubiger decke, oder doch nicht früher als nach Erlangung eines die Vorſtehenden deckenden Angebots auf Ertheilung des Zuſchlages anträgen, weil ſie eben der Meinung wären, daß das Recht des Nachhypothecariers auf Diversion des Pfandes zu ſeiner Befriedigung in

der Bedingung, daß durch die Ausübung desselben vorstehende Pfandrechte nicht verletzt würden, seine Schranke finde.

Ich habe auch seither diesen Grundsatz, soweit meine Kenntniß der curländischen Praxis reicht, bis vor kürzester Frist stets und allseitig beobachtet gefunden.

Neuerdings aber, wo die Noth des Immobilienbesitzes wieder gestiegen ist und zu zahlreichen Subhastationen führt, und gleichzeitig, bei der momentanen Abneigung des Capitals sich dem städtischen Immobilienbesitz zuzuwenden, die Angebote in den Subhastationsterminen besonders spärlich und niedrig werden, habe ich schon von mehreren Seiten bezweifeln hören, daß der obige Satz in Curland gelte. Man fängt auch in Curland an zu behaupten, daß der Nachhypothekarier ein Recht darauf habe, den Verkauf des Pfandobjekts *a tout prix* zu verlangen, einerlei ob der Erlös zur Deckung der ihm vorgehenden Pfandrechte ausreiche oder nicht.

Diese Beobachtung ist es, welche mich veranlaßt, ungeachtet der vortrefflichen Behandlung, welche die Frage von einem so eminenten Praktiker und Gelehrten, wie Dr. D. Bähr es ist, erfahren hat, meinerseits zu untersuchen, ob und in wie weit, unter Berücksichtigung der Normen unseres provinciellen Privatrechts und des curländischen Subhastationsverfahrens, in dem auf Antrag eines nachstehenden Gläubigers ausgebrachten Subhastationsverfahren über ein mehrfach verpfändetes Imobil dem Meistbieter der Zuschlag für eine Summe ertheilt werden dürfe, durch welche die dem Subhastations-Impetranten vorgehenden Pfandrechte nicht gedeckt werden.

Der fundamentale Rechtsgrundsatz, daß Niemand mehr Rechte auf einen Anderen übertragen kann, als wie er selber besitzt, führt offenbar zu dem Schluß, daß der Schuldner, welcher einmal ein Pfandrecht an seiner Sache constituiert hat, hinterher andere Rechte und somit auch neue Pfandrechte an dieser Sache nur insofern einzuräumen

berechtigt und rechtlich im Stande ist, als dadurch das bereits vorher constituirte Pfandrecht unberührt bleibt.

Es ist bekannt, daß die alte civilistische Controverse, ob der nachstehende Pfandgläubiger überhaupt ein *jus distrahendi* habe, oder ob derselbe sich mit dem *jus offerendae pecuniae* begnügen müsse, noch immer nicht entschieden ist.

cf. Bangerow Lehrbuch der Pand. Bd. I. § 388.

Diejenigen Schriftsteller, welche ihm das *jus distrahendi* zugestehen, stützen ihre Argumentation vornehmlich darauf, daß ja der Schuldner selbst zur Zeit der Bestellung der zweiten Hypothek, das Recht des Verkaufs des Pfandobjects, wenn auch freilich ohne jedes Präjudiz für die vorbestellten Hypotheken, gehabt habe und daher dem nachstehenden Pfandgläubiger das *jus distrahendi* mit dieser Beschränkung ebenfalls zugestanden werden müsse, zumal der vorstehende Hypothekarier bei völliger Wahrung seiner Rechte kein Interesse daran habe, einen seinen Rechten in keiner Weise präjudicirenden Pfandverkauf zu hindern.

cf. Bopp Arch. f. civ. Praxis Bd. XV Nr. 17.

In der That hat das römische Recht denn auch stets daran festgehalten, daß, in Consequenz des *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, das Pfandrecht des Vorhypothekariers durch die Distraction des Pfandes seitens eines nachstehenden Pfandgläubigers ebenso unberührt bleibt, wie durch den freiwilligen Verkauf des Pfandes seitens des Pfandschuldners selbst.

Der Verkauf des Pfandobjects, einerlei ob durch den Pfandschuldner oder durch den nachstehenden Pfandgläubiger erfolgt, hinderte den Vorhypothekarier nicht daran, dasselbe mit der *actio hypothecaria* von dem Käufer (wie von jedem dritten Besitzer) einzufordern, dessen Berufung auf den Verkauf er mit der Replik: „*si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine res sit obligata*“ aus dem Felde schlug.

Wenn man sich daher auch in der obigen Controverse auf die Seite derjenigen schlägt, welche dem Nachhypothecarier ein jus distrahendi überhaupt zugestehen — und das thut, m. G., unser Prov. Recht, cf. Art. 1441. Prov. Cod. Bd. III. — so kann daraus sicherlich am allerwenigsten ein Recht des Nachhypothecariers hergeleitet werden, das gemeinsame Pfandobject unter solchen Bedingungen zu verkaufen, daß durch den Verkauf die vorgehenden Pfandrechte beeinträchtigt werden.

Und doch läuft es auf nichts weniger, als auf einen solchen Satz hinaus, wenn von anderer Seite gesagt wird, daß, da beim gerichtlichen Verkauf eines Pfandobjects die fides hastae es verlange, daß der Erwerber sicher gestellt werde gegen Reclamationen dem Subhastationsimpetranten vorstehender Pfandgläubiger, da ferner das jus distrahendi auch dem nachstehenden Pfandgläubiger unter keinen Umständen verkümmert werden dürfe, es sich als nothwendige Consequenz ergebe, daß sobald ein gerichtlicher Pfandverkauf in Frage komme, auf Antrag auch des nachstehenden Hypothecariers dem Meistbieter der Zuschlag zu ertheilen sei, einerlei ob die vorgehenden Pfandrechte herausgeboten würden oder nicht.

Diese Argumentation stellt, m. G., die wahre Sachlage geradezu auf den Kopf! Statt von dem Grundgedanken auszugehen, daß dem Nachhypothecarier kein weitergehendes Verkaufsrecht zustehen könne, als sein Rechtsgeber, der Pfandschuldner im Moment der Pfandbestellung selber an dem Pfandobject hatte und daraus zu schließen, daß des Nachstehenden jus distrahendi in der Verpflichtung die vorstehenden Pfandrechte unverletzt zu lassen seine Schranke finde; statt weiter zu schließen, daß, wenn die fides hastae es verlange, daß beim gerichtlichen Verkauf des Pfandobjects der Erstehrer gegen die nachträgliche Entreißung des Pfandobjects durch vorstehende Hypothecarier gesichert werde, der Richter dem Verkaufs

antrage des Nachhypothecariers nur stattgeben dürfe, sofern die Verkaufsbedingungen und der erzielte Meistbot es zweifellos machen, daß vorstehende Pfandrechte durch die *Distraktionsprocedur* nicht beeinträchtigt werden, wird hier der umgekehrte Weg eingeschlagen! Es wird die Entscheidung der Controverse, ob der nachstehende Gläubiger nur ein *jus offerendae pecuniae* oder auch ein *jus distrahendi* habe, zu Gunsten der letzteren Alternative, welche doch nur möglich war, wenn dieses *jus distrahendi* als auf demjenigen Verkaufsrecht basirend angesehen wird, welches der Pfandschuldner nach Bestellung der ersten Hypothek behielt, dazu benutzt um nachzuweisen, daß der Vorhypothecarier sich in Folge des *jus distrahendi* des Nachhypothecariers unter Umständen dennoch eine Beeinträchtigung seiner vorgehenden Pfandrechte, die den Pfandschuldner selbst schon zur Zeit der Bestellung der Nachhypothek beschränkten, gefallen lassen müsse!

Das ist nicht logisch!

Wir finden denn auch in unseren Rechtsquellen nichts, was diese Ansicht zu unterstützen geeignet wäre.

Der öffentliche Verkauf eines Pfandobjects, ob er nun seitens des Fiskus, der stets öffentlich verkaufte, oder, auf Antrag Privater, gerichtlich erfolgte, berührte die vorstehenden Pfandgläubiger nur insofern, als sie — *programme admoniti* — sich mit ihren Pfandrechten melden mußten, weil ihr Schweigen zu der Veräußerung als Verzicht aufgefaßt wurde. Nur dieses ist der Sinn der *const. 6 de remissione pign. VIII, 26* und der *const. 1 und 8 codem.*

cf. Glüß Pand. — Bd. 19. pag. 426.

„ Bayer Conc. Proc. § 16.

So versteht namentlich die vielberufene *Const. 6 cit.* unser *Prov. Coder Bd. III. Art. 1428.*

wo unter ausdrücklicher Berufung auf die const. 6 cit. festgesetzt wird, daß ein Verzicht des Pfandgläubigers auf sein Pfandrecht anzunehmen sei, wenn er bei öffentlicher verpfändeten Gegenstandes, oder bei öffentlich ergangener Aufforderung der Gläubiger ihre Gerechtsame daran wahrzunehmen, gänzlich schweigt.

Nirgends aber findet sich ein Gesetz welches anordnete, daß der Pfandgläubiger, welcher bei öffentlicher Versteigerung sein Pfand nicht herausbietet, dieses Pfandrecht ganz oder zum Theil verliere.

Ein solcher Rechtsatz allein würde aber die Annahme, daß der Nachhypothecarier beim gerichtlichen Verkauf des Pfandes die Ertheilung des Zuschlages verlangen könne, selbst wenn die vorstehenden Pfandrechte nicht herausgeboten wurden, aus dem Gesichtspunkte der Wirkungen des Pfandverkaufs rechtfertigen.

Es lehren denn auch die besten Autoritäten auf dem Gebiete des heutigen römischen Rechts ganz allgemein, ohne einen Unterschied zwischen öffentlichem oder privatem Verkauf des Pfandes zu machen, daß der nachstehende Pfandgläubiger das Pfandobject nicht anders als unter voller Wahrung des Rechts der vorhergehenden Hypothekgläubiger zum Verkauf bringen könne, unbeschränkt nur durch später, d. h. nach der Entstehung des Pfandrechts des Distrahenten, auf die Sache gelegte Pfandrechte und Lasten, weil sein Recht eben seine Grenze findet in dem besseren Recht des vorhergehenden Pfandgläubigers.

cf. Windscheid, Pand. §§ 237 und 241.

Unser prov. Privatrecht aber schließt sich dieser Lehre vollkommen an, indem es ohne jede Einschränkung

Art. 1434 l. c.

festsetzt, daß durch den vom Pfandgläubiger vollzogenen Verkauf des Pfandobjects, welcher

Art. 1444 l. c.

abgesehen von besonderer Verabredung stets unter Vermittelung

des Gerichts auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung zu bewerkstelligen ist, nur seine, des distrahirenden Pfandgläubigers, und der ihm nachstehenden Hypothecarier Pfandrechte erlöschen, d. h. also die ihm vorstehenden Pfandrechte ungeachtet des Pfandverkaufes bestehen bleiben.

Hieraus ergibt sich weiter mit zwingender Nothwendigkeit der Schluß, daß wenn die *fides hastae* es verlangt, daß der Ersteher des Pfandobjects bei gerichtlichem Verkauf vor der nachträglichen Inanspruchnahme des Pfandes in Grund dem Distrahenten vorgehender Pfandrechte gesichert sei, es die Pflicht des Richters ist darauf zu wachen, daß der Zuschlag auf Impetration eines nachstehenden Pfandgläubigers nicht anders ertheilt werde, als wenn der Aushot ergeben hat, daß die vorgehenden Pfandrechte, soweit sie gemeldet wurden und somit von der Vermuthung des Verzichts nicht betroffen wurden, durch das Meistgebot gedeckt sind.

Es fragt sich weiter, ob diese Grundsätze, welche sich bei der Erörterung der Natur des Pfandrechts und in specie der Bedeutung des *jus distrahendi* des nachstehenden Pfandgläubigers ergeben haben, nicht etwa eine Modification (und welche Modification) erfahren, durch die für das Rechtsinstitut der Zwangsvollstreckung durch Zwangsversteigerung von Immobilien maßgebenden Rechtsätze.

Es ist bekannt, daß nach römischem Recht die Execution sich ursprünglich, abgesehen von der hier nicht in Frage kommenden *pignoris capio* zur Erzwingung einer Handlung, regelmäßig entweder gegen die Person des Schuldners (*manus injectio*, *ad dictio*) oder gegen die Gesamtheit seines Vermögens (*missio in bona*, *venditio bonorum*) richtete.

Erst als die *extraordinaria cognitio* zum herrschenden Verfahren wurde, trat neben der persönlichen und der gegen das ganze Vermögen gerichteten Execution, die von dem *magistratus* zu erbittende und durch seine *apparatores* zu bewerkstelligende

Pfändung einzelner (mobiler oder immobil) Vermögensstücke des Schuldners, zum Behufe gerichtlichen Verkaufs, in den Vordergrund,

cf. Keller Röm. Civ. Prov. § 83;

auch wurde in dieser späteren Zeit eine *missio in bona* auch in beschränkterer Weise, nämlich nicht in das ganze Vermögen, sondern auf soviel als zur Deckung und Befriedigung des erequirenden Klägers hinreicht, nachgegeben.

cf. Puchta Curs. der Institutionen Bd. II. § 188.

Von der Personalexecution können wir, als für unsere Frage nicht in Betracht kommend, absehen.

Die *missio in bona* und die den eventuellen Abschluß derselben bildende *honorum venditio* konnten für den Pfandgläubiger nicht präjudicial werden, weil der *missus*, oder die *missi*, ihm, wenn er sich auf die Befriedigung aus dem Pfande beschränken wollte, sowenig wie dem *Windicanten*, die Herausgabe des Pfandes verweigern dürften, es sei denn, daß sie vorzogen, ihn durch Ausbezahlung seiner Forderung abzufinden.

cf. Puchta l. c.

Dieselbe Rücksichtnahme auf die Rechte des Pfandgläubigers wird bei der gerichtlichen Auspfändung einzelner Sachen beobachtet, wie die *lex 15 § 6 Dig, de re judicata 42,1* beweist.

Nachdem Ulpian zunächst ausgeführt hat, daß wenn Zweifel darüber bestehen, ob eine gepfändete Sache dem *Exequendus* gehöre, der *Impetrans* von der Richtung der *Execution* auf diesen Gegenstand abstecken mag, ohne dadurch dem Schuldner bezüglich seiner Eigenthumsrechte an derselben zu präjudiciren, sagt er im Schluß (l. 15 § 4 l. c.): *Sed et illud debet dici ubi controversia est de pignore, id dimitti debere et capi aliud, si quod est sine controversia.* Dann fährt er § 5 l. c. fort:

Quodsi res sit pignolata, quae pignori capta est, videntum est, an sic distrahi possit, ut dimisso cre-

ditore superfluum in causam judicati convertatur. Et quamquam non cogatur creditorem, quam pignori accepit, distrahere, tamen in judicati executione servatur, ut, si emptorem invenerit res, quae capta est, qui dimisso priore creditore superfluum solvere sit paratus, admittenda sit hujus quoque rei distractio; nec videtur deterior conditio creditoris fieri suum consecuturi, nec prius jus pignoris dimissuri, quam si ei fuerit satisfactum*).

Das römische Zwangsvollstreckungsverfahren bietet sonach keinen Anhaltspunkt dafür, daß in Folge der für dasselbe geltenden Grundsätze der nachstehende Gläubiger das Recht haben könnte, den Zuschlag eines Pfandobjects an den Meistbieter um einen Preis, durch welchen die vorstehenden Pfandrechte nicht gedeckt find, zu verlangen.

Das heutige gemeine Zwangsvollstreckungsverfahren — abgesehen von dem uns hier nicht beschäftigenden Concursverfahren — ruht noch immer auf römisch-rechtlicher Grundlage. Diejenigen Schriftsteller, welche in der hier fraglichen Beziehung nicht unserer Ansicht sind, können sich dafür weder auf Reichsgeetze, noch auf ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht berufen:

Bayer z. Bsp. bezieht sich für die von ihm aufgestellte Behauptung:

„Wenn auf dem (im Zwangsvollstreckungsverfahren subhastirten) Gut Hypotheken ruhen, so soll auch den Hypothefgläubigern davon (nämlich von dem Verkauf durch den Richter) Nachricht gegeben werden, welche zwar die Veräußerung nicht hindern, aber

*) Anm. Anders scheint diese Stelle das Urtheil des Rigaschen Landvogteigerichts (Zwingmann, Bd. III Nr. 309 l. c.) zu verstehen ohne ausreichende Begründung. Auf Vangerow beruft sich das Urtheil jedenfalls mit Unrecht.

doch — wenn sie ein stärkeres Recht als die bisherigen Gläubiger haben —

vor diesem ihre Befriedigung aus dem Kaufgelde fordern können. (Vgl. Bayer Vortr. pag. 1112 [9. Auflage]) lediglich auf die von uns bereits oben behandelten l. 15 § 5 Dig. 42, 1 und const. 6 und 8 Cod. 8, 26, welche seine These, wie ich oben zu beweisen gesucht habe, durchaus nicht zu begründen geeignet sind.

Audere namhafte Civilproceßlehrer theilen Bayer's Meinung keineswegs:

Wegell und Renaud z. Bsp. lehren, daß wenn andere unbestrittene Sachen nicht vorhanden sind nur dann die Pfändung als unnahtheilig für die älteren Pfandrechte, nicht aufgehoben werden solle, wenn zu erwarten stehe, daß der Verkauf des Pfandobjects einen Erlös ergebe welcher die Forderungen der Intervenienten übersteigt, wobei sie sich auf dieselben römischen Quellenstellen (l. 15 § 5 Dig. 42, 1 und const. 6 u. 8 Cod. 8, 26) stützen, die wir oben erörterten.

cf. Wegell System § 56 pag. 579 (2. Aufl.).

Renaud, Lehrbuch des gem. d. Civ. Proc. § 168. Vergl. auch Zwingmann Civ. Entsch. Bd. IV Nr. 516 I.

Ich halte freilich den von Wegell und Renaud gewählten Ausdruck für zu unbestimmt! Nicht darauf kommt es an, ob ein solcher Erlös zu erwarten ist, sondern darauf, ob er in Wahrheit erzielt wird!

Ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht im Sinne der Bayer'schen Meinung wird jedenfalls weder behauptet, noch kann es bewiesen werden.

Die Stellung, welche der subhastirende Richter einnimmt, ist von der Theorie und Praxis verschiedenartig aufgefaßt worden: die Einen nehmen an, daß er als Mandatar des Schuldners, die Anderen, daß er als Mandatar des leitreibenden Gläubigers, wieder Andere, daß er von Amtswegen dabei thätig werde.

Die Controverse ist eingehend von

R. S c h n e i d e r in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung des Königr. Sachsen, Neue Folge Bd. XII Heft 5 und 6 (1852₅₄)

erörtert worden.

Er gelangt zu dem Resultat, daß der Richter weder als Mandatar des Pfandschuldners, noch als Mandatar des Pfandgläubigers, sondern, wennschon auf Antrag des Pfandgläubigers, so doch von Amtswegen aus eigenem Recht procedire, jedoch zu dem Zweck der Befriedigung des (beitreibenden) Pfandgläubigers aus dem Erlöse des verkauften Pfandes.

cf. Schneider l. c. pag. 433.

Ich darf es dahingestellt sein lassen in wie weit der Nachweis, daß der Richter kraft eigenen Rechts und nicht vielmehr lediglich in Grund des Rechts des beitreibenden Pfandgläubigers thätig wird, nach gemeinem Recht als gelungen zu bezeichnen ist, obgleich es mir scheinen will, daß die letztere Ansicht die richtigere sei, weil das Recht des Richters, das Pfandobject zu verkaufen, mit dem Moment in Wegfall kommt, wo das Recht des beitreibenden Gläubigers aufhört, so also, daß wenn dieser sich vor dem Zuschlage mit dem Pfandschuldner vergleicht, oder von ihm befriedigt wird, der Richter mit der Subhastation nicht fortfahren darf, wenngleich inzwischen andere Gläubiger sich gemeldet hätten.

Wie dem auch sei — selbst diejenigen, welche die Meinung Schneider's theilen, dürften eigentlich bei richtiger Würdigung des Vorbehalts, daß der Zweck des Verkaufs nur die Befriedigung des (beitreibenden) Gläubigers aus dem Erlöse des Pfandes sei, garnicht behaupten, daß der Richter befugt wäre den Zuschlag zu ertheilen, wenn ein vorgehender Hypothetgläubiger, dessen Forderung aus dem Meistgebot nicht zur Befriedigung gelangen würde, dagegen protestirt! denn wenn der Vorgehende nichts erhält, so

würde ja auch der beitreibende Gläubiger aus dem Erlöse des verkauften Pfandes, um so weniger etwas zu erwarten haben und somit fielen der Zweck, zu dem der Richter nach Schneider's eigener Annahme allein soll subhastiren dürfen, weg.

Er würde also durch die Ertheilung des Zuschlages des vorgehenden Pfandgläubigers Recht verletzen, ohne den Zweck seines amtlichen Verkaufs erreichen zu können!

Folglich darf er den Zuschlag in gesetztem Falle nicht ertheilen.

Eine auch meines Erachtens anzuerkennende Folge der Zwangsversteigerung durch den Richter, ist, wie schon bemerkt, die, daß um der *fides hastae* willen, quae facile convelli non debet (const. 8 Cod. de remiss. pign. VIII 26), der Meistbieter, der nach Ertheilung des Zuschlages durch den Richter das Ausbotoobject erstand, es frei von allen (nicht ausdrücklich an Zahlungstatt übernommenen) Pfandrechten erwerben muß, somit durch den Zwangsverkauf seitens des Richters, einerlei ob derselbe nun Kraft eigenen Rechts, oder aus dem Recht des Pfandgläubigers verkauft, gegen jede Inanspruchnahme des erstandenen Immobils in Grund dem Subhastationsimpetranten vorgehender Pfandrechte gesichert sein muß, woher denn alle, auch die vorgehenden Pfandrechte, durch den gerichtlichen Zwangsverkauf des Pfandes erlöschen.

cf. Wegell l. c. pag. 580.

Dadurch ist aber die Frage, ob der Richter, wo das Meistgebot die Vorhypotheccarier nicht deckt, den Zuschlag ertheilen dürfe, durchaus nicht zu unseren Ungunsten entschieden, sondern es wird gerade deshalb der Richter um so mehr die Pflicht haben in solchem Falle den Zuschlag nicht zu ertheilen, damit nicht das zum Zweck der Befriedigung des Nachstehenden gegebene Mittel, diesen Zweck unerreicht lassend, gleichzeitig die Verletzung, ja, den Verlust der Vorhypotheke herbeiführe, wie jener Vär mit

dem vergeblich nach der Fliege geworfenen Stein seines Herrn Haupt zerschmetterte.

Wenden wir uns nunmehr zu unserem provinciellen Zwangsversteigerungsverfahren:

Nach prov. Recht darf die Veräußerung eines Pfandobjects vom Gläubiger nur in dem Fall privatim vorgenommen werden, wenn ihm das Recht dazu vom Schuldner bei Bestellung des Pfandrechts, oder später, ausdrücklich bewilligt wurde.

Art. 1443 l. c.

Ist dieses nicht geschehen, so darf die Veräußerung nicht anders, als unter Vermittelung des Gerichts auf dem Wege der öffentlichen Versteigerung bewerkstelligt werden.

Art. 1444 l. c.

Die Versteigerung ist in Hinsicht auf den Eigenthümer der versteigerten Sache — entweder eine freiwillige, oder eine nothwendige (Zwangsversteigerung). Erstere darf je nach dem Belieben des Veräußerers gerichtlich oder privatim, letztere muß stets gerichtlich bewerkstelligt werden.

Art. 3945 l. c.

Die Versteigerung von Mobilien geschieht unter der Aufsicht des für die Person des Eigenthümers, die von Immobilien unter der Autorität des für die Sache competenten Richters.

Art. 4948 l. c.

Man sieht, daß die Bestimmung des Art. 3945 über eine nothwendige Versteigerung — und das ist — da die Unterscheidung „in Hinsicht auf den Eigenthümer der zu versteigernden Sache“ gemacht wird, jeder Pfandverkauf seitens eines Pfandgläubigers, durch den Inhalt des specielleren Artikels 1443 cit. eingeschränkt wird, als, wenn der Schuldner dem Pfandgläubiger bei Bestellung des Pfandes, oder später, den privaten Verkauf gestattet hat, die gerichtliche Versteigerung nicht erfordert wird. Es ist wohl so anzusehen, daß die vorgängige Einwilligung des Schuldners

einen solchen Verkauf in gewissem Sinne, als einen freiwilligen erscheinen läßt.

Hieran läßt sich wohl die Erörterung einer Erscheinung anknüpfen, welche man sonst vielleicht geneigt sein könnte, als eine flagrante Verletzung des Grundsatzes: „*jus publicum privatorum pactis mutari non potest*“ anzusehen.

Veranlaßt durch die ungewöhnliche Schwerfälligkeit und den schleppenden Gang des curländischen Executivverfahrens, pflegen die curländischen Juristen regelmäßig in die Obligationen und Pfandverschreibungen die (nach einem bewährten curländischen Praktiker, dem Herrn Oberhofgerichts-Advokaten Carl Schmid, die Schmid'sche, benannte) Clausel aufzunehmen, daß, falls der Schuldner in seinen Zahlungs- (oder sonstigen) Verbindlichkeiten manquiren sollte, der Gläubiger mit Umgehung des vorgeschriebenen Executorial- und Monitorial-Verfahrens, berechtigt sein soll, mittelst bei dem foro rei sitae zu verlautharenden Antrages, das Grundstück, nach seinerseits zu dictirenden Bedingungen, über eine abgekürzte 6 wöchentliche Frist *sub hasta* zu stellen und sich aus dem Erlös für Kapital, Renten und Kosten zu befriedigen.

Alle curländischen Gerichte haben die Zurechtbeständigkeit dieser Clausel anerkannt und thun es *toto die*, noch immerfort. Auf den Antrag des Pfandgläubigers wird der Schuldner gehört und falls er nicht die Erfüllung seiner obligationsmäßigen Verpflichtungen liquidiren kann, ein Subhastationstermin über sechs Wochen anberaumt und durch die öffentlichen Blätter bekannt gemacht, demnächst aber in termino auf Antrag des impetirenden Pfandgläubigers dem Meistbieter der Zuschlag erteilt.

Der Gesichtspunkt von dem allein aus es zu erklären ist, daß die „Umgestaltung“ der gezeigten Ordnung des Zwangsversteigerungsverfahrens, welches doch *publici juris* ist, durch diese Clausel verdiente Zulassung findet, dürfte der sein, daß der

Immobilienpfandverkauf in Grund einer die Schmid'sche Clausel enthaltenden Obligation, als ein, auf die Ermächtigung des Schuldners hin, in Grund des Art. 1443. stattfindender freiwilliger Pfandverkauf durch Vermittelung des Gerichts angesehen wird, so daß hier der Richter nicht Kraft seines richterlichen Amtes, sondern Kraft der für ihn durch die Vereinbarung der Parteien begründeten Berechtigung, thätig wird.

Es ergibt sich hieraus, daß auf solch einen Verkauf die für den gerichtlichen Zwangsverkauf bestehenden Rechtsvorschriften nicht anzuwenden sind. Die Pfandgläubiger müssen sich freilich — sofern man sie nicht etwa durch die Anmerkung zum Art. 1424. für gesichert halten darf — bei Gewärtigung der Annahmestillschweigender Einwilligung in die Veräußerung, und somit des Verzichtes auf ihr Pfandrecht, melden, weil Art. 1428. l. c. nicht nur von gerichtlicher Zwangsversteigerung, sondern von jeder öffentlichen Versteigerung redet. Desgleichen erlöschen durch den Pfandverkauf alle nachstehenden Pfandrechte und dasjenige des Subhastationsimpetranten in Gemäßheit des Prov. Cod. Bd. III. Art. 1434.

Dagegen werden selbst diejenigen, welche aus dem richterlichen Verkaufsrecht zum Zweck der Zwangsvollstreckung folgen, daß der Richter auf Antrag eines nachstehenden Gläubigers ein verpfändetes Mobil, ohne Rücksicht darauf, ob die Vorhypothecarier herausgeboten wurden oder nicht, dem Meistbieter zuschlagen dürfe, zugeben müssen, daß ihre Theorie sich auf diese Art von Subhastationen nicht anwenden läßt.

Abgesehen von dem soeben erörterten Fall der Subhastation in Grund der Schmid'schen Clausel, welche in Eurland, wenn auch nicht der Theorie, so doch der Praxis nach, die Regel bildet, und abgesehen von dem hier nicht zu behandelnden Fall des Concurres, hat sich das Zwangsvollstreckungsverfahren in Immobilien in Eurland folgendermaßen gestaltet:

Zunächst das Verfahren nach dem Instructorium:

Ich übergehe als nicht hierher gehörig die Aufzählung aller Weitläufigkeit, durch welche man nach erfolgter Aussage, erledigtem Monitorial- und Executorialverfahren endlich zur Anberaumung eines Executionstermins gelangte. Im Executionstermin fundirte der erequirende Richter jurisdictionem auf dem verpfändeten Gut und der Gläubiger liquidirte aus dem Executionsbefehl und seinen Forderungsdocumenten die Höhe seiner Forderung sammt Zinsen und Kosten und bat ihm einen, der Höhe seiner Forderung entsprechenden Theil des verpfändeten Guts, nämlich in Gemäßheit der Com. Dec. d. a. 1717 einen halben wüsten und einen halben besetzten Haken Landes für je 1000 Thaler Albert. der Schuld, zum unterpfändlichen Besitz einzuweisen.

cf. Instructorium des curl. Processus P. II. C. V. § 24, was denn auch, falls kein gegründeter Widerspruch erfolgte, zu geschehen hatte.

Es mußte indessen der Executionsrichter jeden intervenirenden Pfandgläubiger hören und wenn derselbe ein „jus potius ac pinguius“, d. h. also auch ein besseres Pfandrecht, an dem Executionsobject liquidiren konnte, so daß, „vor Augen liegt, daß wenn die Execution auf des Creditors Verlangen vollzogen wird, soviel von des Debtors Substanz nicht übrig bleibt, woraus die creditores potiores das Ihrige erhalten können“, der Executionsrichter von der Execution abzustehen hat, oder wie es im

Instr. I. c. § 26.

Comm. Dec. d. a. 1717 ad. desid 13 p. 1.

heißt, „er ist verbunden die ganze Sache cum exacta relatione zur ferneren Verordnung an S. Hochf. Durchlaucht zu remittiren.

Was dann Se. Hoch. Durchlaucht zu thun hatte, ersieht man aus

§§ 28 und 40 I. c.

Er hatte entweder den ganzen Executionsact zu annulliren, oder doch allem zuvor und bevor dem schlechteren Gläubiger irgend

etwas eingewiesen wurde, dem besseren intervenirenden Pfandgläubiger soviel Haften von dem verpfändeten Gut zu dessen unterpfändlichem Besitze einweisen zu lassen, als demselben nach dem durch die Comm. Dec. d. a. 1717 festgesetzten Maßstabe, der Größe seiner Forderung nach, zustanden.

Nur sofern er unterpfändlichen Besitze auf diese Weise erlangt hatte, hatte der Creditor, welcher des Besizes müde geworden war und statt der Nutzung des Unterpfandes zu seinem Capital gelangen wollte, das Recht, zu jeder Zeit, jedoch erst nach vorgängiger halbjährlicher Aufsjage, auf nächsten Johannis, dem Schuldner gegenüber, bei Sr. Hochf. Durchlaucht dahin zu suppliciren, daß das ihm zu Unterpfand gegebene Gut über Jahr und Tag bei dem Appellationsgericht, d. h. dem Oberhofgericht, sub hasta gestellt werde. Nachdem dieser Bitte stattgegeben worden war, nahm er „Subhastationsblancate“ aus, welche er dahin ausfüllte, daß er auf das Gut soviel anbiete wie seine Forderung betrug und zugleich Alle und Jeden auffordere binnen Jahr und Tag ihr etwaiges Uebergebot beim Appellationsgericht zu verlautbaren. Die so ausgefüllten Blankette wurden an die deutschen Kirchenthüren in allen Oberhauptmannschaften affigirt und demnächst in dem vom Impetranten zu deducirenden Termin dem Meistbietenden der Zuschlag ertheilt.

Mutatis mutandis fand dasselbe Verfahren in den Städten statt, nur daß dort gewöhnlich das ganze Haus und nur bei sehr geringer Forderung ein Theil desselben eingewiesen wurde.

Heutzutage werden die Ex- und Immission nur als Formalitäten behandelt; in der Regel erklärt der Debitor, daß er die Immission pro realiter per acta annehme, der Subhastationstermin wird vom Gericht anberaumt und durch die öffentlichen Blätter bekannt gemacht und die intervenirenden Pfandgläubiger und sonstigen Gläubiger können sich noch in termino subhastationis melden und ihr jus potius ac pinguius geltend machen.

Ich habe indeffen geglaubt über den Gang der Execution

nach dem Instructorium an diesem Ort referiren zu sollen, weil sich mir aus den oben citirten §§ 26, 28 und 40 daselbst zu ergeben scheint, daß nach der damaligen Auffassung der nachstehende Pfandgläubiger, abgesehen von der Eröffnung des Concurseß, auf keinen Fall erreichen konnte, daß das Pfandobject zum öffentlichen Verkauf gelangte, wenn dadurch die Befriedigung der zeitig intervenirenden vorstehenden Pfandgläubiger gefährdet worden sein würde. Wenn ihm nur solche besetzte und unbesetzte Haken zum unterpfändlichen Besitz eingewiesen werden konnten, welche nicht zur Sicherung vorstehender Gläubiger in Anspruch genommen wurden, und wenn er nur auf die Subhastation eines ihm, mindestens zu einem Theile, zu unterpfändlichem Besitz eingewiesenen Guts mit Erfolg antragen konnte, so erhellt, daß ihm damals ein Recht den Verkauf des Pfandes zu verlangen, wenn der Meistbot zur Befriedigung der Vorhypothecarier nicht hinreichte, keinesfalls zuerkannt wurde.

Wenn schon heute in dem formellen Gang des Verfahrens sich mancherlei geändert hat, so liegt doch kein Grund zu der Annahme vor, daß dieses Princip verlassen worden sei und bin ich geneigt hierin für Curland ein Argument zu Gunsten der von mir vertretenen Ansicht zu sehen.

Ich kehre nunmehr zurück zur Prüfung der einschlägigen Bestimmungen unseres prov. Privatrechts.

Die oben citirten Artikel 1443, 3945 und 3948 des Prov. Cod. Bd. III. setzen fest, daß die Versteigerung, sofern sie nicht privatim erfolgt, „gerichtlich“, „durch Vermittelung des Gerichts“ und, sofern es sich um Immobilien handelt, „unter der Autorität“, der russische Text sagt: »властию«, „des Gerichts“ stattfindet. Im Art. 3952. l. c. ist sogar von den Mitgliedern der Behörde, „v o r w e l c h e r“ die Versteigerung stattfindet, die Rede.

Diese Ausdrücke an sich rechtfertigen die Annahme nicht, daß der Richter Kraft eigenen Rechts die Veräußerung vornehme, vielmehr deuten sie darauf hin, daß der Richter ledig-

lich die Ordnungsmäßigkeit der Proceedur zu controliren und dafür Sorge zu tragen habe, daß die *fides hastae* gewahrt werde. Für die Annahme vollends, daß der Richter auf alle Fälle dahin zu wirken habe, daß die einmal beantragte Subhastation nun auch jedenfalls, einerlei welches Meistgebot erzielt wird und ob bei dem erzielten Meistgebot der Subhastations- Impetrant zur Perception gelangt, zum Zuschlag an den Meistbietenden führe, bieten die gebrauchten Ausdrücke keine Handhabe.

Dagegen finden sich mehrere Gesetzesstellen, aus welchen sich schließen läßt, daß das Gericht lediglich Kraft des Rechts des Subhastationsimpetranten, der als der „Versteigerer“ bezeichnet wird, thätig werde.

Hierher rechne ich namentlich die Bestimmung, daß der Versteigerer sich in den Bedingungen die Entscheidung über den Meistbot vorbehalten kann

Art. 3962 l. c.

und die Bestimmung, wonach der Zuschlag die Erklärung des Versteigerers, daß der Meistbot angenommen sei, vertrete

Art. 3963 l. c.

Daß unter dem Versteigerer nicht das Gericht, sondern der Subhastationsimpetrant zu verstehen ist, ergiebt sich mit voller Evidenz aus dem

Art. 3968 l. c.

wo beide einander gegenübergestellt werden.

Diejenigen, welche die Ansicht vertreten, daß nach dem heutigen gemeinen Zwangsvollstreckungsverfahren das Gericht selber Kraft eigenen Rechts verkaufe, in dem Sinne daß der Umfang des Rechts des Subhastationsimpetranten garnicht weiter in Frage komme, müssen behaupten und behaupten auch

cf. Schneider l. c. pag. 431 flg. und pag. 498, daß der Richter die Steigerungsbedingungen aufzustellen habe und mit dem Steigerer contrahire, die Kaufschuld erwerbe, die Hypothek für dieselbe sich bestellen lasse u. s. w.

Dieses Alles trifft für unser prov. Recht nicht zu!

Wäre der Richter der Verkäufer aus eigenem Recht, so hätte der Zuschlag eben seine, nicht des Versteigerers Erklärung über die Annahme des Meistbots zu vertreten, so hätte nicht der Steigerer, sondern er die Steuerungsbedingungen aufzustellen, so durfte nicht gesagt werden, daß unter Vermittelung, oder unter der Autorität, oder gar nur vor dem Gericht die Versteigerung erfolge, sondern es müßte heißen, daß das Pfandobject von dem Gericht versteigert werde!

Da dieses Alles nicht der Fall ist, so glaube ich annehmen zu dürfen, daß nach prov. Recht es in der That nicht der Richter ist, der aus eigenem Recht, sondern der Versteigerer, der aus seinem Recht unter richterlicher Autorität verkauft.

Es erfolgt daraus, daß der Richter, welcher, weil eben der Verkauf unter seiner Autorität erfolgt, zu prüfen hat, ob die Anträge des Versteigerers begründet sind, dieselben zurückweisen muß, sobald sie über sein Recht hinausgehen, daß er namentlich zu prüfen hat, ob durch die von dem Versteigerer in Gemäßheit des Art. 3692 l. c. beizubringenden Steuerungsbedingungen nicht Rechte vorstehender Pfandgläubiger verletzt werden. Dieses aber wird jedesmal der Fall sein, wenn nach dem Inhalt der Bedingungen in Grund des

Art. 3961 l. c.

ein Zuschlag geboten erscheinen würde, bevor die Befriedigung der vorgehenden und auf ihr Recht nicht ausdrücklich oder stillschweigend verzichtenden Pfandgläubiger durch die Höhe des erzielten Meistgebots gesichert wurde.

Unser Provincialrecht bestimmt

Art. 1449 l. c.

daß der Pfandgläubiger in keinem Falle gezwungen werden könne von seinem Verkaufsrecht Gebrauch zu machen und der Schulner

nur gegen Sicherstellung des Gläubigers berechtigt sei die verpfändete Sache zum öffentlichen Verkauf zu bringen, um aus dem Erlöse seine Schuld zu bezahlen.

Da der nachstehende Pfandgläubiger nicht mehr Rechte haben kann, als der Auctor von dem er sein Recht ableitet, der Pfandschuldner, zur Zeit der Verpfändung hatte, so kann auch in Gemäßheit des Art. 1449 cit. der nachstehende Pfandgläubiger das Pfandobject nicht anders verkaufen, als wenn er die Vorgehenden dahin sicherstellte, daß sie aus dem Erlöse Bezahlung erlangen werden. Dies geschieht am füglichsten, indem er in die Steigerungsbedingungen die Clausel aufnimmt, daß erst bei Erzielung eines die Vorhypothecarier deckenden Meistbots der Zuschlag erfolgen dürfe.

Der Subhastationsrichter aber, unter dessen Autorität der Verkauf stattfindet, darf danach gar keine Versteigerungsbedingungen genehmigen, welche nicht diese Clausel enthalten oder auf andere Weise die Vorhypothecarier dafür sicherstellen, daß sie für den Fall der Zuschlagserteilung aus dem Erlöse Befriedigung erlangen werden.

Hat er es aber unterlassen hierauf zu achten und es wird nur ein Meistbot erzielt, der nicht einmal die Vorhypothecarier deckt, so darf der Subhastationsrichter aus demselben Grunde die Genehmigung zur Ertheilung des Zuschlages nicht geben. Eine gegentheilige Verfügung darf durch Nullitätsgründe angefochten werden.

Hieran ändert auch nichts die Bestimmung des

Art. 3961,

wonach, falls kein bezüglicher Vorbehalt in den Steigerungsbedingungen gemacht wurde, dem Meistbieter, wenn Niemand trotz Aufforderung einen höheren Bot verlautbarte, der Zuschlag er-

theilt werden muß, denn da der Zuschlag nach Art. 3693 lediglich die Zustimmungserklärung des Versteigerers vertritt, so versteht es sich von selbst, daß eine solche Erklärung als rechtlich erfolgt vom Richter nicht anerkannt werden darf, so lange wegen Richterzielung eines die Vorhypothesen deckenden Meistgebots, und wegen Nichtgewinnung eines emptor qui dimisso priore creditore superfluum solvere sit paratus, der Versteigerer selbst zu dieser durch den Zuschlag zu vertretenden Erklärung noch gar kein Recht hat.

Ich erwähnte schon mehrfach, daß der Umstand, daß ein Verkauf unter richterlicher Autorität stattfindet, an sich einen ausreichenden Grund dafür abgiebt, daß derjenige, welcher vor Gericht im Meistbot eine Sache erstand, gegen alle Reclamationen vorstehender Pfandgläubiger geschützt werde. Wir sahen oben, daß schon im römischen Recht hierfür, wenigstens soviel die creditores praesentes betrifft, durch die const. 6. Cod. de remiss. pign. VIII. 26, Sorge getragen worden ist.

Dasselbe hat in ausgiebigerem Maße zur Ehre der fides hastae durch die

Art. 1602 und 3967, l. c.

stattgefunden, denen zufolge, nach Erfüllung der Steigerungsbedingungen und, sofern es sich um ein Immobil handelt, nach Verschreibung desselben in den Hypothekenbüchern auf den Namen des Erstehers, alle, auch die dem Subhastationsimpetranten vorgehenden, Pfandrechte erlöschen und, sofern sie ingrossirt waren, aus den Hypothekenbüchern zu deliren sind.

Es ist klar, daß diese Gesetzesstellen die Frage, unter welchen Bedingungen der Zuschlag auf Antrag des nachstehenden Gläubigers erfolgen soll und darf, ganz unberührt lassen.

Ich bin somit zu dem Resultat gelangt, daß nach unserm Recht der Richter, wenn die Subhastation nicht seitens eines ersten Pfandgläubigers beantragt wird, darauf zu sehen hat, daß in die Steigerungsbedingungen die Clausel aufgenommen werde, daß der Zuschlag erst dann erfolgen solle, wenn das Meistgebot die dem Subhastationsimpetranten vorgehenden Pfandrechte decken würde, oder aber der Impetrant in anderer Weise den vorstehenden Gläubiger dafür sicherstelle, daß er aus dem Erlöse Befriedigung finden werde, wenn aber auch diese Vorsicht versäumt worden wäre, der Richter, außerhalb des Concurſes, nimmermehr befugt ist, gegen den Willen vorstehender Pfandgläubiger seine Genehmigung zur Ertheilung des Zuschlages bei der auf Antrag eines nachstehenden Gläubigers stattfindenden Zwangsversteigerung zu ertheilen, so lange durch den Meistbot die demselben vorgehenden (und nicht durch Verzicht erloschenen) Pfandrechte nicht gedeckt sind.

Das ist im Wesentlichen die von B ä h r verteidigte These.

Es mag hierzu noch bemerkt werden, daß schon Stobbe in seinem Handbuche des deutschen Privatrechts § 114. Nota 27 darauf aufmerksam macht, daß B ä h r's Satz in Deutschland mehrfach particularrechtlich in Geltung stehe.

Gleichmaßen sind in Seuffert's Archiv (Bd. 28. Nr. 112 und Bd. 31. Nr. 121) zwei Präjudikate des Obertribunals zu Berlin aus den Jahren 1871 und 1875 abgedruckt, welche für das g e m e i n e Recht anerkennen, daß dem vorstehenden Pfandgläubiger ein Widerspruchsrecht gegen Ertheilung des Zuschlages dann zustehet, wenn bei dem durch einen nachstehenden Gläubiger veranlaßten Zwangsverkauf durch das verlautbarte Höchstgebot seine Forderung nicht gedeckt wird. Ueber die Rigasche Praxis vergl. Z w i n g m a n n l. c. Bd. III Nr. 309 und Bd. IV 516 I.

Bezüglich des Nachweises der Zweckwidrigkeit und der den Realcredit schädigenden Wirkung der gegentheiligen Ansicht, desgleichen was die Widerlegung des argumenti ad hominem, daß

der vorstehende Gläubiger sich ja herausbieten könne, betrifft, verweise ich auf die vortreffliche Ausführung in der Eingangs citirten Bähr'schen Abhandlung.

Ich begnüge mich damit an diesem Orte hervorzuheben, daß, wenn der Zuschlag ohne Rücksicht auf die Befriedigung der Vorhypothekarier ertheilt wird, diese zum Ankauf genöthigt sind, um ihre Forderung zu retten, während wenn unsere Meinung die richtige ist, in gleicher Lage der Nachhypothecarier zum Ankauf genöthigt ist.

Das Letztere erscheint doch wohl als das Wünschenswerthere, weil darnach, wer mit Vorsicht Geld auf Hypotheken anlegt, erwarten kann, daß er zum Ankauf der Hypothek voraussichtlich nicht wird gezwungen werden können. So kann auch, wer nicht ausreichende Mittel zum Ankauf des Pfandobject's hat, es wagen, innerhalb gewisser Grenzen sein Kapital dem Realcredit dienstbar zu machen, während nach der Ansicht, welche wir bekämpfen, für den bestlocirten Hypothecarier die Gefahr nahe liegt, daß ein beliebiger nachstehender Gläubiger, gerade in den schwierigsten Zeiten ihn zum Ankauf nöthigt, indem er, in der Hoffnung als Meistbieter doppelt zu verdienen, was er als Gläubiger verliert, auf dem Verkauf a tout prix besteht. Man wende auch nicht ein, daß auch der bestlocirte Gläubiger diese üble Chance obnehin nicht vermeiden könne, weil im Concurse der Zuschlag a tout prix schließlich doch erfolgt. Einmal wird der Concur's nur eröffnet, wenn wirkliche Insufficienz vorliegt und es giebt gesetzliche Mittel zu seiner Abwendung; anderseits werden die Verkaufsbedingungen im Concurse, — wenigstens in Eurland —, nach dem Ermessen der Gläubigermajorität entworfen und dabei in der Regel durch die Stipulirung von Ratenzahlungen und Ermöglichung von Schuldübernahmen der Ankauf auch dem minder Bemittelten erleichtert.

Wer aber auf letzte Hypothek Geld giebt, der sollte sich

stets auf den Ankauf gefaßt machen: darum ist es auch billig von ihm die Herausbietung der Vorgehenden zu verlangen!

Zum Schluß will ich noch zweier practisch wichtigen, wenn auch principiell nicht ausschlaggebenden, Fragen gedenken: wie hält man es bei unserer Ansicht mit den stillschweigenden Hypotheken und mit den Verbandhypotheken?

Kann auch der mit einem stillschweigenden Pfandrecht ausgestattete Pfandgläubiger Widerspruch gegen die Ertheilung des Zuschlages erheben, wenn ein ihm nachstehender Hypothecarier ein dem Pfandschuldner gehöriges Immobil sub hasta gestellt hat?

Meines Erachtens kommt dieses Recht denjenigen Personen, welchen ein generelles stillschweigendes Pfandrecht zusteht, überall nicht zu.

Da nämlich nach

Art. 1381 l. c.

das Generalpfandrecht des Schuldners Befugniß frei über sein Vermögen zu verfügen, nicht so weit beschränkt, daß er nicht einzelne Stücke desselben, dem ganzen Vermögen unbeschadet veräußern dürfte, so steht das generelle Pfandrecht, so lange nicht durch die Eröffnung des Concurseß über das Vermögen des Schuldners gerichtlich festgestellt worden ist, daß sein gesamtes Vermögen zur Deckung der durch das generelle stillschweigende Pfandrecht berechtigten Personen nicht hinreicht, dem Pfandgläubiger, welchem ein Immobil speciell verpfändet ist, bei Geltendmachung seines jus distrahendi nicht entgegen, weil das jus distrahendi desselben ebenso weit geht wie die Veräußerungsbefugniß des Schuldners selbst zur Zeit der Bestellung des qu. nachstehenden Pfandrechts.

Anders verhält es sich mit den speciellen stillschweigenden Pfandrechten. Es liegt kein Grund vor dieselben schlechter zu stellen als die auf eine Hypothek ingrossirten Pfandverschreibungen.

Ich glaube auch nicht daß darin praktisch eine besondere Gefahr liegt, zumal wenn man erwägt, daß in Subhastationsverfahren illiquide Ansprüche überhaupt nicht zu berücksichtigen sind.

Von dem nach unserem prov. Privatrecht anzuerkennenden speciellen stillschweigenden Pfandrechten

cf. Art. 1403—1408 l. c.

kommen die Pfandrechte des Vermiethers und des Verpächters nicht in Betracht, weil sie sich nur auf Mobilien beziehen können.

Das Pfandrecht für den Rückstand des Kaufs und Pfandschillings

Art. 1406 l. c.

kann keine Schwierigkeiten bereiten, weil ein vorsichtiger Creditor sich, bevor er Geld auf eine Hypothek giebt, stets davon überzeugen wird und kann, ob nach Maßgabe des Kaufcontract's, dessen Corroboration ja erst das Eigenthum des Schuldners begründete, über die Bezahlung des Kaufpreises (resp. Pfandschillings) quittirt worden ist oder nicht.

Das Pfandrecht desjenigen, der Geld oder Baumaterial zur Wiederherstellung oder Verbesserung und Unterhaltung eines Grundstücks vorgestreckt hat (Art. 1407 l. c.), ist dadurch bedingt, daß die Verwendung wirklich erfolgt ist.

Sofern der Berechtigte spätestens in termino subhastationis das Fundament seines Anspruchs und in specie auch den Betrag der wirklichen Verwendung urkundlich liquidirt, kann ihm, falls die Subhastation von einem ihm nachstehenden Pfandgläubiger beantragt worden ist, das Recht des Widerspruchs gegen die Ertheilung des Zuschlages für einen ihn nicht deckenden Meistbot nicht versagt werden.

Im Sinn des Gesetzgebers, der eine entsprechende Erhöhung

des Werthes des Pfandes durch die Verwendung annimmt, liegt darin keinerlei Unbilligkeit.

Von dem stillschweigenden Pfandrecht der bevormündeten und der unter Curatel stehenden Personen an mit ihren Geldern erkauften Immobilien (Art. 1408 l. c. gilt dasselbe. Da es diesen Personen ohnehin freisteht statt des Pfandrechts das Eigenthumsrecht an dem qu. Immobil geltend zu machen, wodurch natürlich allen ihnen nachstehenden Hypothecariern die Basis ihres Pfandrechts entzogen würde, so geschieht den Letzteren sicherlich kein Unrecht damit, wenn von ihnen verlangt wird, daß sie, wollen sie ihre Pfand-Distraktionsrechte geltend machen, diesen vindicationsberechtigten Gläubigern das Interesse an der Vindication nehmen, indem sie deren Forderung herausbieten.

Das Pfandrecht derjenigen, denen durch letzte Willensverordnung ein Vermächtniß oder Fideicommiß zugesetzt worden ist, kann ebenfalls kaum zu Unträglichkeiten führen, weil derjenige, welcher Geld sub hypotheca von dem Schuldner ererbten Immobilien darleiht, sich darüber, ob die Erbschaft mit Fideicommissen oder Erbschaften beschwert war, informiren kann, und, wenn er es nicht that, mit Recht für seine Sorglosigkeit büßt.

Was die Verbandhypotheken betrifft, so ist der Pfandgläubiger, dem mehrere Grundstücke für dieselbe Forderung in solidum verpfändet sind, unzweifelhaft berechtigt die Bezahlung der ganzen Schuld beim Verkauf eines jeden einzelnen Pfandobjects suo loco zu verlangen.

Ein Recht der Nachstehenden, die Befriedigung der Verbandhypothek pro rata aus allen verbundenen Pfandobjecten zu verlangen, existirt außerhalb des Concurseß nicht.

Die Nachhypothecarier können daher auch nichts dagegen einwenden, wenn der Inhaber der Verbandhypothek, als ihnen vorstehender Pfandgläubiger, Widerspruch gegen den Zuschlag er-

hebt, sofern seine gesammte, wennschon noch anderweit pfandrechtl.ich besicherte, Forderung nicht herausgeboten wird.

Es ist darin auch eine Härte den nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber nicht zu sehen, und zwar um so weniger als sie sich, durch Geltendmachung des ihnen zuständigen *jus offerendae pecuniae* helfen können.

Ist der Subhastationsimpetrant aber kein Pfandgläubiger, sondern in bloßer Chirographarier, zu dessen Gunsten das Immobilien zu Executionszwecken *sub hasta* gestellt worden ist, so ist zunächst in Erwägung zu ziehen, daß es hierzu erst gekommen sein kann, nachdem die Execution in die Mobilien sich fruchtlos erwiesen hatte.

Befinden sich nun die — sagen wir zwei — mit der Verbandhypothek belasteten Immobilien in Händen verschiedener Personen, so kann der Chirographarier seine schwierige Lage überhaupt nicht verbessern, denn seines Schuldners Immobilien ist jedenfalls mit der ganzen Schuld belastet und er würde, wenn das Immobilien dem Meistbieter selbst um den, die Vorgehenden nicht deckenden Bot zugeschlagen würde, immerhin es dulden müssen, daß der Verbandhypothecarier den gesammten auf ihn entfallenden Theil des Erlöses zur Tilgung der Verbandhypothek benützt und damit den Eigenthümer des anderen verpfändeten Immobilien entlastet, ohne daß er, der Chirographarier, dieses letztere in Anspruch nehmen könnte.

In diesem Falle schadet es also nicht, daß der Zuschlag dem Meistbieter um das die Vorgehenden nicht deckende Höchstgebot nicht ertheilt wurde.

Gehören dagegen beide durch die Verbandhypothek belasteten Immobilien dem Exequendus, so könnte der Subhastationsimpetrant scheinbar in der That unter Umständen in eine schiefe Lage gerathen: der successiv angestellte Einzelausbot beider Immobilien könnte zu dem Resultat führen, daß der Zuschlag beide mal nicht ertheilt werden dürfte, weil für keines der Immobilien

soviel geboten wurde, daß aus dem Meistgebote der ganze Betrag der Verbandhypothek, sammt den sonstigen vorstehenden pfandrechtlichen Belastungen, hätte Befriedigung finden können, während, wenn der Zuschlag für jedes der beiden Grundstücke um die verlautbarten Meistgebote erfolgt wäre, in Rücksicht darauf, daß der Betrag der Verbandhypothek nur einmal zu bezahlen gewesen wäre, der Subhastationsimpetrant möglicherweise Befriedigung für seine Forderung hätte finden können.

Die Concurseröffnung könnte unter Umständen helfen, weil im Concurse nach heutigem Recht kein Gläubiger ein Widerspruchsrecht gegen den Zwangsverkauf im öffentlichen Meistbot hat, einerlei wie viel oder wenig geboten wird. Allein es ist möglich daß Insufficienz, weil alle Gläubiger befriedigt werden können, wenn die Verbandhypothek nur einmal in Anrechnung kommt, gar nicht vorliegt und demnach das Mittel der Concursprovocation verjagt.

Wie zieht sich der nachstehende Gläubiger aus diesem Dilemma?

Ich meine er kann sich auf zweierlei Weise helfen.

Entweder er läßt sich in die Güter des Schuldners einweisen, begründet sich dadurch ein gerichtliches Pfandrecht,

Art. 1412 l. c.

und macht nun von dem *jus offerendae pecuniae* Gebrauch,

oder — und diesen Weg kann natürlich auch der nachstehende Pfandgläubiger einschlagen — er läßt in eodem termino beide Immobilien einzeln subhastiren und die Verfügung über Ertheilung oder Nichtertheilung des Zuschlages aussetzen bis auch das Resultat des Ausbotes des zweiten Immobilien vorliegt.

Ergiebt sich nun, daß der Erlös beider Ausbote hinreicht um den Betrag der Verbandhypothek und die Forderungen der sonst vorgehenden Hypothecarier zu decken, so kann der Zuschlag

verlangt werden, weil dem Widerspruch des vorgehenden Hypothecariers jetzt die *exc. doli* entgegenstehen würde.

Reicht die Summe beider Höchstgebote nicht aus die Vorgehenden zu decken, so liegt kein Grund zur Ertheilung des Zuschlages für den Nachstehenden vor, weil er auch bei Ertheilung desselben nichts bekommen würde.



IX.

Ist eine f. g. anfechtbare Ehe zur legitimatio per subsequens matrimonium geeignet?

Von Oberhofgerichtsadvokat **Ferdinand Seraphim** in Mitau.

Im zweiten Heft des achten Jahrganges dieser Zeitschrift ¹⁾ hat Herr Justizbürgermeister Kupffer in seiner Abhandlung über die Legitimation durch nachfolgende Ehe den Nachweis zu führen versucht, daß nach dem Gesetze für die Evangelische Lutherische Kirche in Rußland v. J. 1832 Ehen, welche in Folge rechtzeitig erhobener und sachlich begründeter Klagen Derjenigen, deren Rechte durch die Vollziehung dieser Ehen verletzt waren, als gesetzwidrig vom Consistorium getrennt worden, für die Zeit von ihrer Eingehung bis zu ihrer gerichtlichen Trennung als rechtsgültige Ehen anzusehen und daher geeignet seien, die Legitimation außerehelich erzeugter oder geborener Kinder zu bewirken ²⁾ und daß auf solche f. g. anfechtbare Ehen der Begriff der f. g. putativen Ehe unanwendbar sei. ³⁾

Von der Richtigkeit der Argumente, auf Grund deren Kupffer zu seinem soeben referirten Resultate gelangt und der Begründetheit dieses letzteren habe ich mich bei sorgfältiger Erwägung der bezüglichen Ausführungen nicht überzeugen können.

1) S. 156 fge. I. c.

2) S. 176 fge. & 181 I. c.

3) S. 178 fge. I. c.

Bei der Wichtigkeit der hier in Rede stehenden Frage dürfte die Erörterung meiner Bedenken auch dann von Interesse sein, wenn eine Berichtigung und Widerlegung derselben die Richtigkeit der von mir hier angefochtenen Kupffer'schen Anschauung näher begründen sollte.

§ 1.

Zunächst käme gegen Kupffer's Auslegung des Art. 248 des Kirchengesetzes in Betracht, daß dieser Artikel jedenfalls in allen von ihm behandelten 8 Fällen die mangelnde Einwilligung der Eltern, Adoptiveltern, Vormünder und resp. der betreffenden Obrigkeit als *impedimentum dirimens*, nicht aber als bloßes *impedimentum impediens*, bezeichnet und ausdrücklich erklärt, daß in allen diesen Fällen die Ehe nur dann gültig sein solle, wenn sie von Denjenigen, deren Rechte durch die Vollziehung dieser Ehen verletzt worden, nicht bestritten wird, während im Falle einer begründeten und erwiesenen Klage der gedachten Personen die Ehe in den gedachten Fällen vom Consistorio als widergesetzlich zu trennen ist.

Schon der Umstand, daß es sich hier um ein *impedimentum dirimens* handelt, dürfte die Auslegung als unzulässig erscheinen lassen, daß in den im Art. 248 l. c. aufgeführten Fällen die Ehe gültig sei, bis sie in Folge einer, innerhalb der durch den Art. 249 l. c. dazu offen gelassenen Jahresfrist von den dazu berechtigten Personen resp. Behörde angestellten, begründeten Klage resp. Beschwerde vom Consistorio als gesetzwidrig getrennt worden, also erst durch die urtheilsmäßige Trennung ungültig werde.

Diese, dem Begriffe des *impedimentum dirimens* m. A. nach durchaus widersprechende, Auslegung wird aber durch die Gegenüberstellung der Bestimmungen der Art. 247 und 248 l. c. nicht wohl zu begründen sein, denn der Gegensatz, welchen die

gedachten beiden Artikel aufstellen, ist doch der, gerade im Ehe-rechte, so wie im Proceßrechte, und zwar im Eherecht auf Grund des canonischen Rechts, zur Geltung gelangte Unterschied zwischen absoluter und bedingter oder schwebender, auch f. g. relativer Nullität.⁴⁾

Der Art. 247 l. c. behandelt nun Fälle der f. g. absoluten Nullität, in welchen das Consistorium, auch ohne eine Klage des dazu Berechtigten abzuwarten, nach gehöriger Untersuchung die Ehe für nichtig erklärt und sodann demgemäß trennt.

In den Fällen des Art. 248 dagegen handelt es sich um Fälle f. g. relativer, richtiger ausgedrückt: schwebender oder bedingter, Nullität, in welchen, wenn die dazu berechnigte Person den Nullitätsgrund mit Erfolg geltend macht, die Ehe sich als ipso jure nichtig ergibt, während wenn die zur Geltendmachung der Nullität berechnigte Person den Nichtigkeitsgrund nicht geltend machen will, oder das ihr dazu zustehende Recht verliert, die Ehe als von vornherein gültig angesehen wird.⁵⁾

Eben deswegen, weil in diesen Fällen Nichtigkeit oder Gültigkeit der Ehe davon abhängt, ob der dazu Berechnigte den Nichtigkeitsgrund rechtzeitig geltend macht oder nicht, also von seinem Willen und dessen gehörige Erklärung, ist die Nichtigkeit in diesen Fällen eine f. g. bedingte, schwebende oder relative.

Die Bedeutung der Klage des zur Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes Berechnigten ist lediglich die einer Präjudicialklage; es soll durch richterlichen Ausspruch eine Entscheidung über den Nichtbestand des Rechtsgeschäfts, pro casu der Nichtigkeit der Ehe, erzielt werden; durch den Ausspruch des Richters soll nicht erst die

4) Unger, System des österreichischen Privatrechts Bd. II S. 145 fge; Windscheid Pandekten 5 Aufl. Bd. I § 82 u. Anm. 8 daselbst.

5) Unger, l. c. S. 152 und Anm. 48 daselbst.

Nichtigkeit herbeigeführt, sondern die Nichtigkeit soll vielmehr als vorhanden anerkannt, declarirt werden; das Urtheil soll also nicht erst das bisher zu Recht bestandene Geschäft umstoßen, sondern es ist, indem es die bereits vorhandene Nullität constatirt, lediglich declaratorischer Natur.⁶⁾

Die Wirkung der Nichtigkeitserklärung ist daher die Zurückführung der Verhältnisse der Betheiligten auf den Zustand vor Schließung der Ehe, auch wenn die Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe, ihr Widerstreit gegen ein impedimentum dirimens, eine bedingte, nur auf Antrag des dazu Berechtigten declarirte, ist.⁷⁾

§ 2.

Mit diesen Ereignissen stimmt auch die, wie es mir scheint, nicht unklare Wortfassung des Art. 248 l. c. überein, denn er besagt ausdrücklich, daß in den daselbst angeführten Fällen die Ehe nur als gültig angesehen werden solle, wenn sie von den dazu Berechtigten nicht als widergesetlich bestritten wird, während sie im Falle der Anstreitung als widergesetliche von Consistorio urtheilsmäßig getrennt wird und das heißt doch nichts Anderes, als daß ihre Ungültigkeit, ihre Widergesetlichkeit, wegen des, diese begründenden, in der Vergangenheit liegenden, Umstandes declarirt, nicht aber, daß trotz ihrer vom Consistorio anerkannten Widergesetlichkeit, dennoch ihre Gültigkeit bis zu dem Momente, wo sie urtheilsmäßig als widergesetlich anerkannt und dieser Anerkennung

6) Unger, l. c. S. 149; Windscheid, l. c. Anm. 6.

7) Richter, Kirchenrecht 5 Aufl. § 280 S. 628 cf. auch § 265 und § 267 daselbst S. 582 u. Anm. 11 daselbst. Walter, Kirchenrecht, 9 Aufl. § 316 cf. auch § 305 daselbst.

ebenso wie im Falle absoluter Nichtigkeit, durch demgemäße Trennung der Ehe Folge gegeben wird, ausgesprochen sein solle!

Wenn also K u p f f e r für seine Auslegung darauf Gewicht legt, daß in den Fällen des Art. 248 l. c. es einer förmlichen Klage des in seinem Rechte Verletzten bedürfe, so wird dieses Argument ja eben durch die Unterscheidung zwischen absoluter und bedingter Nullität, so wie durch den U m - s t a n d seine Widerlegung finden, daß gerade bei der Ehe, wegen der besonderen Wichtigkeit dieses Verhältnisses, auch bei stattfindender Nichtigkeit der Ehe, eine sorgfältige richterliche Untersuchung und Entscheidung darüber stattfinden muß, ob bei der Eingehung der Ehe Umstände vorlagen, welche die Ungültigkeit derselben zur Folge hatten, da es nicht füglich den bei dieser Frage betheiligten Personen anheim gegeben werden kann, ob die Ehe zur Recht bestehe oder nicht — während in anderen, dem materiellen Recht angehörenden Nullitätsfällen die Parteien nicht verpflichtet, sondern nur befugt sind, die Nullitätsfrage als Präjudicialfrage zur richterlichen Entscheidung zu bringen.⁸⁾

Was aber die förmliche Klage anlangt, welche in den Fällen des Art. 248 l. c. stattzufinden haben soll, so dürfte doch zu bemerken sein, daß in den daselbst bezogenen Fällen der Art. 205, 207, 209, 210 und 213 Seitens der betreffenden Obrigkeit oder Behörde wohl nur ein gehörig substantiirter Antrag nach der Natur der Sache schon genügen müßte.

Wenn sodann endlich K u p f f e r sich darauf beruft, daß das Kirchengesetz in den 8 Fällen des Art. 248 die Zustimmung der Eltern, Adoptiveltern, Vormünder u. weber als unerlässliches Erforderniß einer rechtsgültigen Trauung

8) U n g e r l. c. S. 149 u. 36 daselbst.

noch als absolutes Ehehinderniß irgendwo bezeichnet, so ist hiergegen zu erwidern, daß nicht bloß der Mangel der unerläßlichen Erfordernisse der Trauung und nicht bloß absolute Ehehindernisse die Nichtigkeit der Ehe bewirken, sondern daß auch diejenigen *impedimenta dirimentia*, welche eine s. g. relative oder bedingte, schwebende Nullität in dem bereits erörterten Sinne begründen, diese Wirkung haben und daß der Art. 542 l. c. gerade in den 8 Fällen des Art. 248 l. c. den Mangel unumgänglicher Bedingungen einer gesetzlichen Ehe sogar anerkennt.

§ 3.

Einen weiteren Beleg für die Nichtigkeit der hier vertretenen Auffassung giebt auch der Fall, wo die Ehe wegen Mangels der freiwilligen und wirklichen Einwilligung beider Theile zur Eheschließung nichtig ist.

Kupffer führt namentlich den, sei es nun ohne oder durch Betrug herbeigeführten, Irrthum an, der die Person des andern Nupturienten betrifft und daher den nothwendig erforderlichen Consens beider Theile ausschließt. In diesem Falle ist die Ehe unzweifelhaft nichtig wegen mangelnden Consenses, auch wenn die Trauhandlung in der gesetzlich vorgeschriebenen Art und Weise vollzogen ist, denn die in gesetzlicher Weise vollzogene Trauhandlung kann einer gesetzlich ungültigen Ehe weder Kraft noch Gültigkeit geben⁹⁾; gleichwohl aber hängt es von dem Willen des im Irrthum Befindlichen ab, diese Nichtigkeit geltend zu machen oder auf die Geltendmachung dieses Irrthums zu verzichten und nachträglich zu consentiren.

Will er aber wegen des verfirenden Irrthums die Gültig-

9) Art. 243 des Kirchengesetzes.

keit der Ehe nicht anerkennen, so muß er die Nichtigkeit der Ehe wegen des verfirenden Irrthums urtheilsmäßig erklären lassen; er darf sie nicht ohne Weiteres von sich aus oder in Uebereinstimmung mit der ihm angetrauten Frau mit irgend welchem Rechtseffect als ungültig behandeln.

Wir haben also auch hier einen unzweifelhaften Fall der f. g. relativen oder bedingten Nullität, gerade ebenso, wie in den Fällen des Art. 248 l. c. und dieser Fall des mangelnden Consenses ist im Art. 200 l. c. dem Mangel der Einwilligung Derjenigen, von Denen die sich Ehelichenden nach den Gesetzen abhängen, gleichgestellt, denn der qu. Artikel erklärt zur Schließung der Ehe die freiwillige, wirkliche und deutlich ausgesprochene Einwilligung beider Theile für ebenso erforderlich, wie die Einwilligung Derjenigen, von denen sie den Gesetzen nach abhängen!

Zwischen dem Falle des Mangels der freiwilligen und wirklichen Einwilligung beider Theile zur Eheschließung und dem Fall der mangelnden Einwilligung der im Art. 248 gedachten Personen und resp. Obrigkeiten besteht kein anderer Unterschied in der Wirkung, als daß die Geltendmachung der Nullität in dem erstgedachten Falle nicht, wie in den Fällen des Art. 248, auf die im Art. 249 l. c. normirte einjährige Frist beschränkt ist.

Was aber von dem Mangel des freiwilligen und wirklichen Consenses beider Theile wegen Plaz greifenden Irrthums gilt das muß m. G., während R u p p f e r dieses bestreitet ¹⁰⁾, ebenso, nicht bloß für den Fall des physischen Zwanges, der sich überhaupt bei der Eheschließung schwer denken läßt, sondern auch für den Fall des compulsiven Zwanges, justus metus vor-

10) l. c. §. 148.

ausgesetzt, gelten, da hier nicht die, bloß vermögensrechtliche Geschäfte betreffenden, Bestimmungen des Civilrechts und also auch des Art 2983 Zhl. III des Prov.-Rechts, — welche dabei das ganz besonders qualificirte Verhältniß der Ehe gar nicht in Betracht ziehen, — sondern vielmehr die Bestimmungen des canonischen Rechtes über den Einfluß des Zwanges auf die Gültigkeit der Ehe, zur Anwendung kommen müssen, das canonische Recht ¹¹⁾ aber eine erzwungene Ehe für nichtig erklärt ¹²⁾ und die Geltendmachung dieses Nichtigkeitsgrundes wiederum dem Willen des Gezwungenen überläßt. ¹³⁾

§ 4.

Ist sonach in den Fällen des Art. 248 l. c., ganz ebenso, wie im Falle des Irrthums, des diesen herbeiführenden Betruges und Zwanges, eine bedingte Nichtigkeit vorhanden, deren begründete Geltendmachung die urtheilsmäßige Anerkennung und Declaration der Nichtigkeit der Ehe zur Folge hat, so wird man auch das Resultat nicht ablehnen können, daß die von Kupffer s. g. anfechtbaren Ehen zur Bewirkung der Legitimation außerehe-lich gezeugter Kinder nicht geeignet sind, daß vielmehr zur Legitimation eine gesetzlich gültige Ehe erforderlich ist, d. h. eine solche, welche nicht wegen eines obwaltenden *impedimentum dirimens* ungültig ist.

11) C 15, c 28. X de spons (4,1); C 2 X de coqui duxit (4,7); 4. Savigny System des heutigen Römischen Rechts Bd. III S. 104 fge. Anm. 9; Richter l. c. § 265; Walter l. c. § 316.

12) Im Römischen Rechte war in ähnlicher Berücksichtigung der Freiheit, die erzwungene Freilassung nichtig, weil den Römern die Wiederaufhebung der einmal eingetretenen Freiheit als etwas ganz Außerordentliches erschien. Windscheid l. c. § 80 Anm. 2. Ob Zwang (compulsiver Zwang) schon nach Römischem Rechte vernichtend wirkte, ist streitig. Göschen Civilrecht, Bd. III § 681 N 35 und Savigny l. c.

13) Walter, l. c., Richter, l. c.

Ist aber dies richtig, so folgt daraus auch weiter, daß der Begriff der putativen Ehe ebensowohl auf die bedingt und relativ nichtigen, wie auf die absolut nichtigen, Ehen Anwendung findet und daß die von K u p f f e r urgirte Differenz zwischen dem deutschen und dem russischen Texte des Art. 173 Thl. III des Prov. Rechts von keiner Relevanz sein kann; denn einerseits ist im gemeinen Rechte wenigstens kein Zweifel darüber, daß nur eine g e s e h l i c h g ü l t i g e Ehe, die nicht als widergesetzlich zu trennen ist, die Legitimation außerehelich erzeugter Kinder zu bewirken vermag, und andererseits dürfte es, nach allem oben Erörtertem, doch wohl nicht fraglich sein, daß auch der russische Text des Art. 173 l. c. um so weniger gewillt gewesen, in Abweichung von dem deutschen Texte desselben, das Requisite einer gesetzlich gültigen, nicht widergesetzlichen, Ehe fallen zu lassen, als der russische Text auch wieder in den Artt. 117, 147 und 163 nicht einmal, wie im deutschen Texte, von Nichtigkeit (ничтожность) spricht, sondern den umfassenderen Ausdruck Ungültigkeit, Unwirksamkeit (недействительность) gebraucht, welcher ebensowohl die absolut nichtigen Ehen, als auch die bedingt oder relativ nichtigen Ehen u m f a ß t.

Von selbst freilich versteht es sich, wie ja auch K u p f f e r selbst hervorhebt, daß eine putative Ehe, wenngleich die in ihr erzeugten oder geborenen Kinder den ehelichen gleichgestellt werden, ihrerseits nicht geeignet ist, die vor Eingehung derselben außerehelich erzeugten und geborenen Kinder zu legitimiren.

Gar keinen Einfluß auf die hier zu erörternde Frage haben die Bestimmungen der Art. 223 und 226 des Kirchengesetzes, denen zu Folge das Consistorium verpflichtet ist, die verlobte Braut, wenn sie mit ihrem Bräutigam einen nur Eheleuten erlaubten Umgang gepflogen, desgleichen eine unter dem Versprechen der Ehe verführte Jungfrau in Folge einer rechtzeitig von dem verletzten Theil erhobenen Klage als geschiedene Ehefrau des ungetreuen Bräutigams bez. des Verführers, sofern diese die

ihnen vom Consistorio urtheilsmäßig vorgeschriebene Vollziehung der Trauung mit den von ihnen getäuschten Frauenspersonen binnen drei Monaten a dato des bezüglichen Erkenntnisses des Consistorii verweigern, zu erklären, so daß, wenn in dem von den bezeichneten Personen gepflogenen geschlechtlichen Umgang Kinder erzeugt worden, diese nach Art. 148 und 149 Thl. III des Prov.-Rechts den ehelich geborenen gleich zu achten sind.

Auch in diesen Fällen wird auf Vollziehung der Ehe durch Trauung doch selbstverständlich *de jure* nur erkannt werden können, wenn der Eheschließung zwischen den in Rede stehenden Personen keine trennenden Ehehindernisse im Wege stehen, wie dies auch für den Fall, wo eine Jungfrau ohne das Versprechen der Ehe zum Beischlafe verführt worden, in Art. 155 Thl. III des Prov.-Rechts ausdrücklich anerkannt ist.

§ 5.

Die hier vertretene Ansicht, daß die von Kuppfer *s. g.* ansechtbaren Ehen zur Herbeiführung der Legitimation außer-ehelich erzeugter oder geborener Kinder nicht geeignet sind, eine Ansicht, die auch in vielen Gesetzgebungen sowohl katholischer, als protestantischer Länder in größerem oder geringerem Umfange Anerkennung gefunden hat¹⁴⁾, dürfte auch der, die Richtigkeit des Interpretationsergebnisses übrigens nicht alterirende Vorwurf der Härte kaum treffen, wenn man erwägt, daß es einerseits sicherlich keine Härte ist, eine wegen Irrthums oder Zwanges ungültige Ehe für nichtig zu erklären und ihr deshalb die Fähigkeit zur Legitimation abzusprechen und daß andererseits, was die im Art. 248 des Kirchengesetzes gedachten Fälle anlangt, die Einwilligung der Eltern und Adoptiveltern zur Eheschließung der Kinder nur dann erforderlich ist, wenn diese letzteren noch unter elterlicher Gewalt stehen, daß ferner diese Einwilligung nicht ohne triftige Gründe, den großjährigen

¹⁴⁾ Richter, I. c. § 267, Anm. 11.

Kindern überhaupt nur aus gesetzlich genau bestimmten Gründen, verweigert werden darf, die grundlos verweigernte Einwilligung der Eltern aber auf Ansuchen des Kindes von dem competenten Gericht ergänzt werden kann, daß von Vormündern und Curatoren sodann dasselbe gilt, was von den Eltern in Bezug auf ihre großjährigen Kinder gilt, und daß endlich in denjenigen Fällen, in welchen die Einwilligung der Civil- oder Militärobrigkeit im Dienste befindlicher Personen, der zuständigen Waisenbehörde, des Consistoriums und des Generalconsistoriums zur Eheschließung erforderlich ist, ein Mißbrauch dieses Einwilligungsrechts schwerlich zu befürchten sein dürfte, und zu allem Ueberfluß in denjenigen Fällen, wo die Eltern, Vormünder oder, die gedachten Obrigkeiten und Behörden die Ertheilung ihrer Einwilligung an Bedingungen geknüpft haben oder, wie im Falle des Art. 210 des Kirchengesetzes, zu knüpfen verpflichtet sind, nach Art. 542 l. c. das Consistorium, wenn es die eingereichte Klage oder Beschwerde für begründet erachtet, Allem zuvor den Schuldigen aufzugeben hat, die qu. Bedingungen zu erfüllen und dadurch das Ehehinderniß zu beseitigen, ehe es schließlich die Ehe annullirt.

Dazu kommt noch, daß die Nichtkenntniß des Ehehindernisses auch in den Fällen des mehrberegten Art. 248 des Kirchengesetzes die nichtige Ehe wenigstens zu einer putativen macht, während diejenigen Personen, welche sich wissenlich und eigenmächtig über das in der mangelnden Einwilligung der Eltern, Adoptiveltern, Vormünder u. c. liegende Ehehinderniß hinwegsetzen, einen Anspruch auf besondere Schonung in der That nicht haben, zumal ja gegen unbegründet verweigernte Einwilligung doch wenigstens in den Fällen der Art. 201 bis 205 incl. und 209 l. c. Remedur zulässig ist, durch welche die Ergänzung der ohne Grund verweigerten Einwilligung von der competenten Behörde resp. der höheren Autorität erlangt werden kann.

Und sollten denn nicht schließlich dieselben Erwägungen, welche das Römische Recht dazu veranlaßten, die erzwungene Freiheit als ipso jure nichtig zu behandeln, nicht aber deren bloße Wiederaufhebung zu gestatten, nicht auch dazu führen, daß es dem sittlichen Wesen der Ehe widerstreite, eine Ehe wegen eines trennenden Ehehindernisses später zwar als gesetzwidrig aufzulösen, gleichwohl aber, ungeachtet dieses, bei der Eheschließung schon obwaltenden, trennenden Ehehindernisses, bis zur urtheilsmäßigen Auflösung als gültig zu behandeln?

X.

Die Erbschaftsflage des Provincialrechts.

Von Professor Erdmann.

Die neueren Particularrechte haben die römischrechtliche Lehre von der hereditatis petitio meist in sehr eingreifender Weise modificirt. Der Grund für diese Abänderung lag in dem Concurriren der — durch das deutsche Recht provocirten ¹⁾ — Einmischung des Gerichts in die Nachlaßregulirung mit dem privaten Auseinandersetzen der Erben. Neben der wirklichen Erbschaftsflage eines Erbprätendenten gegen den andern trat so eine Anmeldung und Durchführung des Erbrechts gegenüber der die Erbschaft verwaltenden Instanz, dem Gericht, Curator, Executor. Es liegt auf der Hand, daß Requisite und Verfahren bei diesem letzteren Anspruch ganz andere sein müssen als bei der ersteren. Die Durchführung der Erbrechtsflage gegenüber dem Nachlaßgericht setzt gar keinen wahren Proceßgegner voraus, wird keiner so strengen Beweiscontrole und Beweislastvertheilung unterworfen, wie der eigentliche Erbschaftsproceß, bedarf keiner Vorschriften über Einreden und Gegenansprüche, bildet mit einem Worte keinen Erbschaftsproceß sondern ein — an sich unstreitiges — Erbschaftsverfahren. Selbst wenn durch die Concurrenz mehrerer Nachlaßprätendenten ein factischer Gegensatz der Ansprüche hervorgerufen ist, verläuft doch die Geltendmachung der einzelnen

1) Vrgl. u. A. Pauli, Abhandlungen aus dem sächsischen Recht III, S. 156 ff.

Präsenfionen nicht als wahrer Proceß, sondern parallel neben einander.

Aber selbst in denjenigen Particularrechten, in welchen diese gerichtliche Regulirung des Erbrechts die Regel bildet ²⁾ oder gar absolut vorgeschrieben ist ³⁾, war doch das Bedürfniß nach einer privaten Erbschaftsklage im Sinne der *hereditatis petitio* keineswegs erloschen. War die gerichtliche Regulirung des Nachlasses auch schon abgeschlossen und ein Erbe in den Besitz des letztern gesetzt worden, so mußte doch die Möglichkeit nachträglicher Bekämpfung desselben — z. B. auf Grund neuaufgefundenener Testamente und Beweise oder bei Erreichung der Volljährigkeit — anerkannt und dadurch die Anstellung eines wahren Erbschaftsprozesses ermöglicht werden. Auch während der gerichtlichen Nachlassverhandlung selbst, mußte überall da, wo auf Grund provisorischer Bescheinigung zeitweilige Besitzregulirung eingetreten war, ein wirklicher Proceß gegenüber dem Besizenden nachgegeben werden. In diesen Fällen gelangten denn auch die Einzelrequisiite des römischen Systemes zur Reception, wenn auch nicht ohne Modificationen.

Leider haben die Gesetzgebungen die hier erwähnten beiden an sich so verschiedenen Procedures nicht immer auseinander gehalten Einerseits hat man mehrfach Sätze des Rechtsinstituts der *hereditatis petitio* auf die gerichtliche Verhandlung der *hereditas jacens* auszudehnen versucht ⁴⁾. Andererseits ist wiederum das Verfahren und die Frist der gerichtlichen Regulirung und ihrer Proclame auf die *hereditatis petitio* angewandt worden ⁵⁾.

2) Wie im preuss. Recht u. L.-R. I, 9 § 457 ff. Vgl. hierzu Förster, Preuss. Privatrecht IV, § 267 a. A.

3) Wie namentlich im östreich.-Recht (die sog. Verlassenschaftsabhandlung) Vgl. hierzu bes. Unger: Die Verlassenschaftsabhandlung in Oestreich 1862 und System, VI § 39.

4) Wie namentlich die Beweisvorschriften derselben. Vgl. Unger, System, VI S. 160 ff.

5) Wie z. B. im balt. Provinzialrecht nach Bd. III, Art. 2619. Vgl. über das Nähere unter 7.

Auch im baltischen Provincialrecht sind beide Arten von Nachlaßverfahren nachweisbar. In der neueren Codification herrscht zwar entschieden die römische Proceßur vor, doch nicht ohne wesentliche Rückfälle in das entgegengesetzte System. Auch bringt die Häufigkeit der gerichtlichen Nachlaßproclame in der baltischen Praxis nicht selten eine Vermischung der bezüglichen Rechtsnormen hervor.

Es dürfte daher eine genauere Erörterung dieser Sätze nicht ohne Werth sein, welcher eine kurze Zusammenfassung der römisch-rechtlichen, sowie der Normen der wichtigsten germanischen Particularrechte vorauszuweisen hätte.

1.

Das römische Recht sah in der *hereditatis petitio* keineswegs ein Mittel, um dem antretenden Erben den Nachlaß zu verschaffen. Hierzu dienten vielmehr — insoweit nicht eine willführliche Besitzergreifung stattgefunden hatte — die provisorischen Schuzmittel des *interdictum quorum bonorum* und der *missio Hadriana* ⁶⁾. Die *hereditatis petitio* war bloß bei *Vorenthaltung* der Erbschaft, resp. eines Erbschaftstheils am Platz ⁷⁾, ganz ebenso wie die *rei vindicatio* welcher sie nachgebildet war, Verletzung des Eigenthumsrechts zu ihrer Anstellung voraussetzte.

Als Gegenstand der *hereditatis petitio* erscheint die Erbschaft ⁸⁾. Sie setzt daher den Erwerb der letzteren voraus, mag sich derselbe auch erst mit der Anstellung der *hereditatis petitio* (in welcher zweifellos eine *pro herede gestio* liegt) vollziehen. Sie verlangt daher ferner *Vorenthaltung* der Erbschaft als solcher

6) Vangerow, Pand. II, § 509, 510. Sintonia, Civilr. III, 193. Windscheid, Band III, § 667.

7) Vangerow, a. a. D. § 506. Windscheid a. a. D. § 611.

8) Windscheid, a. a. D. § 611 Not. 3. Vgl. auch Unger, System VI, § 50 Not. 2. Arndts Pand. § 53. Anm. 2. (welcher letzterer bloß das Erbrecht, nicht die Erbschaft als Object dieser Klage betrachtet).

oder eines Theiles derselben. Das bloße Vorenthalten von Erbschaftseffecten, ohne das Erbrecht des Klägers zu bestreiten, genügte nicht, um den Beklagten als solchen zu legitimiren⁹⁾. Denn in diesem Falle findet keine Vorenthaltung der „Erbschaft“ statt. Dagegen wird der ganz grundlose Besitz von Erbschaftsachen (der Besitz des *praedo* oder *pro possessore*) allerdings unter diese Klage subsumirt, weil in demselben nach römischem Recht — schon wegen der möglichen *usucapio pro herede* — ein wirklicher Angriff gegen das Erbrecht vorlag¹⁰⁾.

• Von der Eigenthumsklage unterscheidet sich die *hereditatis petitio* ferner durch eine zum Theil modificirte Stellung des gutgläubigen Beklagten. Es liegt im Wesen der herrenlosen Erbschaft, daß ihre Besitzergreifung leichter gestattet wird, als die fremden Eigenthums. Daher haftet der *bonae fidei possessor* hier nur für wirkliche Bereicherung und kann alle Verwendungen ersetzt beanspruchen¹¹⁾.

Das römische Recht schützte den Erbschaftsbesitzer, welcher den Erbschaftsstreit aufnehmen wollte vor der durch bloßen Singularklagen des Erbprätendenten intendirten Entreißung der Erbschaftseffecten. Er konnte in solchem Falle die Anstellung der *hereditatis petitio* gegen ihn durch die Interponirung einer eigenen Einrede durchsetzen¹²⁾. Was die Beweislast betraf, so mußte der Kläger den Tod des Erblassers und seine eigene Berufung beweisen. Und zwar wird die testamentarische Berufung durch Vorweis und Rechtheitsbeweis der Testamentsurkunde, die gesetzliche durch den Nachweis der Verwandtschaft geführt. Es war dann Sache des Gegners, die Ungültigkeit des Testaments

9) Arndts Beiträge, S. 1 ff. Wangerow a. a. D. § 505 Anm.

10) Windscheid, a. a. D. III, § 614 Not. 4.

11) l. 20 § 6, l. 36. 39 Dig. de Hered. pet. (5, 3).

12) Die bekannte *exceptio si praejudicium hereditati non fiat*. Vrgl. Wangerow a. a. D. § 508 Nr. I u. II. Windscheid, a. a. D. § 611 Not. 1.

oder seine eigene nähere Verwandtschaft, resp. ein die Intestat-erbfolge ausschließendes Testament zu behaupten und zu erweisen ¹³⁾).

Das römische Recht überließ somit den Erbprätendenten selbst die Ergreifung der erforderlichen Maßregeln und schützte ihn definitiv nur im Falle directer Verletzung seines bereits erworbenen Rechts durch einen Andern.

2.

Dagegen haben sich die neueren Particularrechte, Angesichts der Schutzlosigkeit ruhender Erbschaften, genöthigt gesehen dieselben stets oder wenigstens in gewissen Fällen der gerichtlichen Verwaltung anzuvertrauen, und haben so den Erbprätendenten häufig veranlaßt, zuerst vom Gericht die Herausgabe des Nachlasses zu erheischen, statt selbst den Besitz zu ergreifen. Dieses Geltendmachen des Erbrechts gegenüber dem Nachlaßgericht muß nun streng von dem Geltendmachen des Erbrechts gegenüber dem Erbschaftsbesitzer (der *hereditatis petitio*) gesondert werden.

Das preußische Recht bedurfte schon um deßwillen der Erbschaftsklage in weit geringerem Maße als das römische, weil ihm der Erbe schon mit dem Tode des Erblassers *ipso jure* die Erbschaft erwarb, Delation und Aequisition also zusammenfielen ¹⁴⁾. Jeder, welcher trotzdem sich der Erbschaft oder eines Stückes derselben bemächtigte, verfiel somit sofort der *rei vindicatio*, resp. den Besitzklagen. In allen den Fällen, wo das Gericht die Regulirung des Nachlasses zu übernehmen hatte, insbesondere, wenn der Erbe unbekannt oder abwesend war ¹⁵⁾, konnte vom Erbschaftsbesitz eines Dritten nicht die Rede sein und fielen wiederum die Voraussetzungen der *hereditatis petitio* fort. Daher erklärt es sich, wenn das preußische Recht über die letztere eigent-

13) Glüdf, Commentar VII, C. 493 ff. 503 ff. Unger, a. a. D. § 57. Windscheid, a. a. D. § 615.

14) A. L.-R. I, 9 § 367. 368. Förster, a. a. D. IV, § 268. Das preußische Recht kennt keine *hereditas jacens*. Förster, § 243 Not. 21.

15) A. L.-R. I, 9 § 457 ff. Förster, a. a. D. § 279 a. A.

lich gar keine Vorschriften enthielt ¹⁶⁾). Doch ist ihre Existenz auch hier schon um deswillen eine unzweifelhafte, weil auch nach dem allgemeinen Landrecht jedes Recht besonderen Schutz soll beanspruchen können ¹⁷⁾). Auf Grund dieses Satzes hat die preussische Theorie die ganze Lehre von der hereditatis petitio wieder recipirt, wenn auch mit seltneren Anwendungsfällen. Von den provisorischen Schutzmitteln des Erben kennt das preussische Recht nur die Besizeinweisung auf Grund eines fehlerfreien Testaments (die *missio ex lege ult. Cod. de edicto Hadriani tollendo*) ¹⁸⁾).

Auf einem ganz anderen Standpunkt steht das österr^ei^chⁱsche Recht ¹⁹⁾). Dasselbe hat die ganze Sorge für die Regulirung des Nachlasses dem Gericht übertragen, welches sowohl die Klarstellung desselben von Schulden als die Ausmittlung der Erben zu übernehmen hat. Da das Gericht aber nicht bloß provisorisch sondern allendlich die Erbschaftspräensionen erledigen muß, so hat dasselbe auch die Erbschaftsklagen zu provociren und zu entscheiden. Im Verlaufe dieser sog. Verlassenschaftsabhandlung hat daher nicht bloß, wie sonst bei gerichtlichen Proclamen, eine Anmeldung und Legitimierung der Erbansprüche stattzufinden, sondern auch ein wirklicher Proceß der Erbprätendenten gegen einander, mit Vertheilung der Rollen durch das Gericht, mit Durchführung aller Schriftsätze und Stadien des Processus ²⁰⁾). Dabei unterscheidet jedoch die österreichische Theorie die Erb^rechts^klage, d. h. den Anspruch auf bloße Anerkennung des Erb^rechts von Seiten des Bestreitenden von der Erb^schafts^klage oder hereditatis petitio, dem Anspruch auf Herausgabe vorenthaltener Erbschaften oder Erbschaftsobjecte. Die letztere kann auch nach Beendigung der Verlassenschaftsabhandlung an-

16) Koch, Preuß. Erbrecht S. 1198.

17) M. L. R. I, 15 § 3. Koch, Erbr. S. 1197. Förster a. a. D. § 279 a. M.

18) M. L. R. I, 5 § 28.

19) Vgl. bes. Unger a. a. D. § 39 u. 50 ff.

20) Unger a. a. D. § 50 Not. 3 u. 4 u. § 34.

gestellt werden und recipirt im allgemeinen die römischrechtlichen Normen der hereditatis petitio²¹⁾. Der Grundfehler dieses Systems beruht, wie Unger²²⁾ überzeugend nachgewiesen hat, in dem vergeblichen Versuch, eine sofortige allendliche Regelung der Nachlassenschaften durch die Obrigkeit zu provociren.

Biel einfacher verfährt das sächsische Recht. Dasselbe schließt sich direct an das römische Recht an, scheint nur eine wirkliche hereditatis petitio, keine feste Anmeldung des Erbrechts bei Gericht zu kennen und gestattet überhaupt eine Einmischung des Nachlaßgerichts in die Erbschaft nur im Falle der Unbekannthschaft aller Erben und nur in soweit, als das Gericht in solchem Falle einen Nachlaßcurator zu ernennen hat²³⁾. Doch kommt eine richterliche Einweisung und zwar nicht bloß bei formgültigen Testamenten, sondern auch bei einer Bescheinigung des Intestaterbrechts durch Geburts- und Todtenscheine vor²⁴⁾.

3.

Das baltische Provincialrecht gehört zusammen mit dem sächsischen zu den Particularrechten, welche sich mehr an das römische als an das deutsche Recht anlehnen. Doch werden sich bei genauerer Betrachtung auch hier Spuren zeigen, daß Consequenzen einer gerichtlichen Erbschaftsregulirung sich mit der Anerkennung des privaten Charakters dieser letzteren vermischen.

An die Spitze der ganzen Lehre muß der Satz gestellt werden, daß nach baltischem Provincialrecht die gerichtliche Erbschaftsregulirung die Ausnahme bildet und bei normalen Verhältnissen nicht stattzufinden hat²⁵⁾. Das Gericht mischt sich somit in der Mehrzahl der Fällen in Nachlassenschaften nur auf An-

21) Unger a. a. D. § 50. C. 229 u. § 52.

22) Unger, die Verlassenschaftsabhandlung C. 117 ff. u. System, VI, § 39 Not. 8 u. § 50 Not. 3.

23) Sächs. Civilgesetzbuch § 2247 u. 2291 ff.

24) ebendj. § 2313 C. auch die offic. Motive zu dieser Stelle.

25) Prov. R. III, Art. 2588.

trag der Interessenten ein ²⁶⁾. Und selbst wo es sich um gerichtliche Fürsorge und Verwaltung der Erbschaften handelt, geht dieselbe nicht weiter, als der Ausdruck besagt. Sie überläßt den Erbschaftsprätendenten die private ²⁷⁾ Regelung ihrer Ansprüche, sei es durch Transact, sei es durch Erbschaftsklage ²⁸⁾ und auch wo das Gericht auf Grund definitiver Entscheidung seine Verwaltung des Nachlasses abschließt und die letztere dem rechtskräftig anerkannten Erben ausliefert ²⁹⁾, beansprucht es keineswegs eine absolute Unanfechtbarkeit seiner Vertheilung ³⁰⁾.

Eine Trennung der (präjudiciellen) Erbrechtsklage von einer Erbschaftsklage — wie nach österreichischem Recht — ist dem Provinzialrecht unbekannt. Vielmehr wird, ganz conform dem römischen Recht, nur eine Erbschaftsklage, zur Geltendmachung der Erbschaftsansprüche gewährt ³¹⁾. Dieselbe hat die Anerkennung des Erbrechts und die Herausgabe der Erbschaft, resp. des Erbtheils an den Kläger zum Zweck ³²⁾. Und zwar werden diese beiden Ansprüche nicht etwa separat und successiv ³³⁾, sondern vereint verfolgt, so daß die Anerkennung des subjectiven Erbrechts

26) ebend. Art. 2588 a. G. u. 2590.

27) Prov.-R. III, Art. 2695 u. 2735.

28) Prov.-R. III, Art. 2599.

29) ebend. Art. 2598.

30) Denn selbst nach Fällung des Praeclusivbescheides kann ein neuer Interessent, der keine Kenntniß vom Proclam erhalten hat, auftreten und den Nachlaß demjenigen entreißen, welcher ihn vom Gericht empfangen hat. Art. 2619 a. G. S. unter 7.

31) Prov.-R. III, Art. 2599.

32) ebend. Art. 2602.

33) Vgl. auch Windscheid, a. a. O. § 615. Es ist daher nach Provinzialrecht weder für den Universalerben noch für den Miterben erforderlich, zuerst ein besonderes Urtheil über Anerkennung des Erbrechts zu erfließen, ehe man zur Klage auf die Erbschaftseffecten schreitet, sondern man kann sofort die letztere anstellen und hat dann nur im Beweistermin sein Erbrecht zu erweisen. Prov.-R. III, Art. 2602 u. 2603. Diese Bewandniß befreit übrigens keineswegs von der Pflicht, im Falle eines Nachlaßproclams sein Erbrecht anzumelden, um der Praeclusion zu entgehen. Jedoch enthält diese Anmeldung noch keine Erbschaftsklage. Vgl. unten im Text.

die nothwendige und unzertrennliche Voraussetzung des Rechts auf die Erbschaft bildet ³⁴⁾).

Daher kann diese Klage bloß bei einer wirklichen Vorenthaltung der Erbschaft, nicht bei einem bloßen Anzweifeln oder Bestreiten des Erbrechts angestellt werden ³⁵⁾. Eine bloße Anmeldung im Nachlassproclam enthält daher, selbst dann, wenn ihre Berechtigung von einem (nicht besitzenden) Concurrenten in Abrede gestellt war, noch keineswegs eine Erbschaftsklage. Sonst würde ja dieser Concurrent einen unbilligen Vortheil genießen, indem er sich willkürlich die Rolle des Beklagten zu verschaffen im Stande wäre. Auch würde die vom Provincialrecht ausdrücklich gestattete provisorische Besitzeinweisung auf Grund eines äußerlich fehlerfreien Testaments unzulässig sein, wenn in der bloßen mündlichen Bestreitung desselben schon eine genügende Veranlassung für die Annahme einer Erbschaftsklage (welche gerade ein Nichtbesitz des Klägers voraussetzt) zu suchen wäre ³⁶⁾. Es muß daher bei Meldung mehrerer Prätendenten im Proclam jeder derselben als selbstständig beweispflichtig betrachtet werden

34) Auch nach römischem Recht sind beide Ansprüche in der einen Klage verbunden und man streitet nur darüber, welcher der vorherrschende ist. *W i n d i s c h e i d*, a. a. O. § 611 Not. 3. *U r n d t s* Beiträge Nr. 1 S. 15 ff.

35) Auch nach gemeinem Recht wird — selbst von den Anhängern der Anschauung, daß die *hereditatis petitio* bloß auf Anerkennung des Erbrechts gerichtet sei — anerkannt, daß dieselbe eine tatsächliche Vorenthaltung des Erbrechts voraussetze. *W i n d i s c h e i d*, a. a. O. III, § 611 Not. 3. Für das Privatrecht erscheint jedoch der Wortlaut des Art. 2600, wornach als Beklagter derjenige bezeichnet wird welcher das Erbrecht des Klägers „bestreitet“ u. s. w. auch den Fall der bloß mündlichen Bestreitung in sich zu begreifen. Doch geht aus den Quellencitaten, sowie aus den Art. 2602 und 2603 (nach welchem der bestreitende Miterbe nur dann mit dieser Klage belangt werden kann, wenn er gerade den Erbtheil des Klägers *b e s i t z t*) hervor, daß offenkundiger Besitz der prätendirten Erbschaft vom Beklagten verlangt wird und nur der Fall der *ficta possessio* (Art. 6200) eine Ausnahme macht. Anders das preußische Recht, welches auch hier *hereditatis petitio* und gerichtliche Regulirung vermischt. *F ö r s t e r* a. a. O. IV, S. 364.

36) *Prov.-R. III*, Art. 2480. S. auch *U n g e r*, a. a. O. § 50 Not. 4 u. 5. *M ü h l e n b r u c h*, *Commentar XLIII*, S. 85 ff.

und die Entscheidung der Frage, welcher von ihnen für den Fall einer, später noch erforderlich werdenden Erbschaftsklage wegen vorenthaltener Erbschaftseffecten als Kläger und welcher als Beklagter zu fungiren habe, sich nur durch die Thatfache leiten lassen, welcher die gedachten Effecten besitzt. Fehlt es überhaupt an einem Erbschaftsbesitzer, etwa weil das Gericht selbst noch die Effecten verwaltet, so wird eine Erbschaftsklage regelmäßig gar nicht stattfinden³⁷⁾, es sei denn, daß ein im Proclam gar nicht Gemeldeter, unter Nachweis seiner schuldlosen Unkenntniß desselben, nachträglich gegen denjenigen procedirt, welchem das Gericht schließlich den Nachlaß übergeben hat.

Schon aus diesen vorläufigen Betrachtungen zeigt sich, daß das Provincialrecht zwei Systeme der Erbschaftsregulirung nebeneinander erhalten hat: die gerichtliche Regulirung sei es auf Antrag der Interessenten, sei es ex officio (welche dann der eigentlichen Erbschaftsklage nur ausnahmsweise bedarf) und die Regulirung durch Erbschaftsklage, wenn keine gerichtliche Verwaltung und kein Nachlaßproclam stattgefunden hat. Theoretisch muß nach der Codification die letztere, practisch im Rechtsleben die erstere als die Regel betrachtet werden. Doch können, wie erwähnt, beide auch neben resp. nach einander vorkommen, und wird die letztere durch die erstere, besonders durch die Abkürzung der Verjährungsfrist, wie weiter unten gezeigt werden wird, nicht unwesentlich beeinflusst.

Die einzelnen Rechtsnormen der wahren Erbschaftsklage sind nun im Provincialrecht nachstehende.

4.

I. Die Voraussetzungen der Erbschaftsklage.

1. In der Person des Klägers ist vor Allem Erb=

37) Es geht diese Rechtsbewandtniß schon aus der Thatfache hervor, daß die Erbschaftsklage immer gegen einen bestimmten Dritten (Art. 2600 u. 2603) angestellt werden muß und immer einen Besitzer in bösem oder in gutem Glauben voraussetzt (Art. 2606 ff.).

recht erforderlich, wobei es gleichgültig ist, ob er durch Gesetz, Testament, Erbvertrag, oder fideicommissarische Stiftung berufen war ³⁸⁾. Dem bloßen Legataren steht dieselbe niemals zu. Ob jedoch der klagende Erbe Universalerbe oder bloßer Miterbe ist, ist gleichgültig ³⁹⁾. Der Kläger muß zwar im Allgemeinen die Größe der von ihm vindicirten Erbquote angeben, darf jedoch, wenn er ohne seine Schuld im Ungewissen darüber ist, (z. B. die Zahl seiner Miterben nicht kennt) auch bloß überhaupt sein Erbrecht beanspruchen ⁴⁰⁾.

Was den Beweis betrifft, so hat der Kläger den Tod des Erblassers, resp. dessen Todeserklärung, schwere Bestrafung oder Eintritt in das Kloster ⁴¹⁾ zu erweisen und sodann die Thatsache seiner Berufung ⁴²⁾ klar zu stellen. Handelt es sich dabei um Berufung durch lehtwillige Verfügung, so muß die bezügliche Urkunde, resp. im Falle der Bestreitung ihrer Richtigkeit oder Formgültigkeit anderweitiger Beweis für die Existenz der Verfügung vom Kläger erbracht werden ⁴³⁾. Dagegen müssen andere Gründe der Ungültigkeit des Testaments (z. B. späterer Widerruf, Errichtung eines neuen Testaments, Verletzung des Erbguts- oder Nothherbenrechts, Fehlen der testamentifactio) als neue Behauptungen vom Beklagten erwiesen werden. Uebrigens

38) Prov.-R. III, Art. 2599. Daher kann der Nachlasscurator oder Testamentsexecutor nicht die Erbschaftsklage anstellen sondern nur Besizinterdicte resp. polizeilichen Schutz beanspruchen. Die Erbschaftsklage des Provincialrechts ist übrigens nicht immer — wie die gemeinrechtliche — eine Universalklage, wie das im Art. 1599 gegebene Beispiel des Familienfideicommisses zeigt.

39) Prov.-R. III, Art. 2599 a. E.

40) Für die bloße Anmeldung im Proclam ist dies zweifellos. Aber auch für die wirkliche Erbschaftsklage lehrt dies I. 18 § 5 Dig. de hered. pet. (5, 3). Vgl. W i n d s c h e i d, a. a. O. § 614 Not. 18.

41) Prov.-R. III, Art. 2581.

42) Den Erwerb der Erbschaft; resp. deren Antretung braucht er nicht besonders zu erweisen, da derselbe resp. dieselbe schon in der Klageanstellung liegt.

43) In Ermangelung besonderer Vorschriften muß hier überhaupt die Beweislehre des gemeinen Rechts herangezogen werden. Vgl. W i n d s c h e i d, a. a. O. § 615. Seuffert's, Arch. I, 95 Nr. 8, XI. 256, XIV. 148.

kann auch eine verloren gegangene letztwillige Verfügung durch Zeugenaussagen ersetzt werden, ebenso wie die Existenz eines mündlichen Testaments durch dieselben festgestellt wird. Den Beweis des Intestaterbrechts erbringt der Kläger durch den Nachweis des behaupteten Verwandtschaftsverhältnisses, welcher regelmäßig durch Extracte aus den Kirchenbüchern, eventuell auch durch Zeugenaussagen geführt werden kann⁴⁴⁾. Behauptet der Beklagte die Existenz näherer, resp. gleich naher Intestaterben, so hat er diese zu beweisen⁴⁵⁾.

2. In der Person des Beklagten ist vor Allem, wie oben erwähnt wurde, Erbschaftsbesitz oder *ficta possessio* desselben erforderlich. Es ist also nach Provinzialrecht⁴⁶⁾ derjenige ein rechter Beklagter, welcher die Erbschaft oder Stücke derselben detinirt und dabei das Erbrecht des Klägers bestreitet⁴⁷⁾, sowie derjenige, welcher den Besitz der Erbschaft arglistig aufgegeben hat⁴⁸⁾ und endlich der Erbschaftsschuldner, welcher seine Schuld nicht zahlt, weil er das Erbrecht des Klägers ansieht⁴⁹⁾. Es ist dabei in allen diesen Fällen nicht erforderlich, daß der Beklagte sich selbst für den Erben hält. Hiernach ist auch derjenige, welcher ganz ohne Angabe eines Grundes (*pro possessore*) Erbschaftssachen retinirt, rechter Beklagter, wenn er nur das Erbrecht des

44) Prov.-R. III, Art. 146. Windscheid, a. a. O. § 615, 1 a. G.

45) Seuff., Arch. IX. 314, XII. 305, XVI. 130, 254, 259. Unger, a. a. O. § 50 S. 235 u. Not. 7.

46) Prov.-R. III, Art. 2600.

47) Dagegen ist derjenige, welcher Erbschaftssachen aus anderen Gründen (ohne das Erbrecht des Klägers zu bestreiten) retinirt, z. B. kraft eines obligatorischen Anspruchs, nicht mit der Erbschaftsklage, sondern mit der Klage aus dem einschlägigen Rechtsverhältniß, resp. mit der Eigenthumsklage zu belangen. Art. 2601. Jedoch wird auch in diesem Fall der Kläger sein Erbrecht darthun müssen.

48) Prov.-R. III, Art. 2600. Dagegen fehlt hier der andere Fall der *ficta possessio* (*qui liti se obtulit*). Das Provinzialrecht setzt — im Gegenjatz zum gemeinen Recht — stets wirkliche (wenn auch aufgegebenen) Erbschaftsdetention des Beklagten voraus.

49) Prov.-R. III, Art. 2600 a. G.

Klägers bestreitet⁵⁰⁾. Denn diese letztere Thatsache allein zieht den possessor vor das Forum des Nachlaßgerichts. Ebenso kann auch der Miterbe, wenn er vom Kläger vindicirte Sachen des Erbtheils dieses letzteren aus erbrechtlichen Gründen demselben vorenthält, belangt werden, nicht aber, wenn derselbe bloß mündlich das Erbrecht des Klägers bestreitet⁵¹⁾.

Die Erben des Beklagten haften nach allgemeinen Grundsätzen für die Verpflichtungen ihres Erblassers, wobei es gleichgültig ist, ob sie für ihre Person auch das Erbrecht des Klägers bestreiten, wenn nur ihr Erblasser es that⁵²⁾. Den Beweis der Erbschaftsdetention des Beklagten muß im Bestreitungsfall der Kläger führen, also beweisen, daß der Beklagte Erbschaftsachen detinire. Behauptet dann der Beklagte einen Singulartitel, so hat er denselben zu erweisen, in welchem Falle der Kläger, falls er nicht mit der Erbschaftsklage den Singularanspruch, resp. die Eigenthumsklage cumulirt hat, abgewiesen werden muß⁵³⁾.

5.

II. Der Gegenstand der Erbschaftsklage.

Gegenstand der Erbschaftsklage ist auch nach Provincialrecht in erster Linie die beanspruchte Erbschaft, resp. der beanspruchte Erbtheil als Ganzes⁵⁴⁾. Da jedoch der Gegner häufig nur einzelne Stücke dieser, resp. dieses letzteren vorenthält, so

50) Bangerow, a. a. D. II, S. 345. Windscheid, a. a. D. § 618 Not. 4. Nur Unger (a. a. D. S. 229 u. Not. 10 u. 11) verlangt auch für das gemeine Recht, daß der Beklagte sich selbst für den wahren Erben halte, erkennt jedoch an derselben Stelle auch den bloßen praedo als wahren Beklagten an.

51) Prov.-R. III. Art. 2603.

52) Prov.-R. III. Art. 2646. Bangerow, a. a. D. II. § 505. Nr. 3. Windscheid a. a. D. § 614 Not. 8. A. Meinung, wenigstens für das preuss. Recht, Förster a. a. D. S. 365 oben.

53) Seuff. Arch. XVIII. 93. XXI, 62.

54) Prov.-R. III. Art. 2599 a. G. 2602. Nur das Fideicommiß kann, wenngleich eine res certa, dennoch Gegenstand der Erbschaftsklage sein.

geht die Klage in diesem Falle nur auf Herausgabe dieser letzteren mit ihren Accessionen⁵⁵⁾. Uebrigens werden mit der Erbschaftsklage auch solche Gegenstände gefordert, welche gar nicht direct zur Erbschaft gehören, für welche aber der Erblasser, mithin jetzt der Erbe verantwortlich ist⁵⁶⁾. Wie die Sache, so sind auch die Rechte, welche zum Nachlaß gehören, Gegenstand der Klage. Hatte der Beklagte Erbschaftsachen veräußert, so geht die Klage auf den Werth derselben⁵⁷⁾, ebenso wie auf die für die Erbschaft angeschafften Sachen⁵⁸⁾.

Was die Haftung für Deterioration und Untergang der Sachen, sowie für die Früchte derselben betrifft, so muß hier, ähnlich wie bei der Eigenthumsklage⁵⁹⁾ zwischen dem bonae fidei possessor und dem malae fidei possessor unterschieden werden. Als wesentliches Princip ist dabei der Satz festzuhalten, daß der gutgläubige Erbschaftsbesitzer aus der Besitzzeit bis zur Bestreitung seines Erbrechts, resp. Besitzrechts keinen Schaden erleiden soll. Dagegen soll im Falle einer malae fidei possessio umgekehrt der Erbe durch den bösgläubigen Besitzer keinen Schaden erleiden und kann daher jeden Ersatz von diesem letzteren beanspruchen. Unter gutem Glauben muß hier, wie überhaupt nach

55) Prov.-R. III, Art. 2602 a. E. Jedenfalls ist sie aber auf Herausgabe aller, bei dem Beklagten befindlichen Erbschaftseffecten gerichtet und nicht etwa der Reihe nach mehrmal gegen denselben Beklagten anstellbar. In sofern ist also die sog. exceptio praejudicii auch hier practisch. Vgl. Bangero, a. a. O. II. S. 412. Unger, a. a. O. VI. § 53. Not. 3.

56) Hierher gehören verpfändete, deponirte, geliehene Sachen. Prov.-R. III, Art. 2604. Man kann sich auch so ausdrücken, als beanspruche der Erbe hier nicht die Sachen an sich, sondern die zur Erbschaft gehörigen Rechte an denselben, wie Faustpfandrecht, Detention u. s. w. S. auch W i n d s c h e i d, a. a. O. § 612 a. U.

57) In soweit der Kläger nicht vorzieht, resp. im Stande ist die rei vindicatio gegen den Käufer durchzuführen.

58) Prov.-R. III, Art. 2605. Ueber die Gegenansprüche des Beklagten vgl. unter 6.

59) Prov.-R. III, Art. 909 ff. Doch finden hier einige Unterscheidungen statt, wie der Text ergeben wird.

Provincialrecht, die Unkenntniß des Mangels der eigenen Erbberechtigung verstanden werden⁶⁰⁾.

Daher haftet der Besitzer in gutem Glauben in Bezug auf die Schicksale der Erbschaftsachen nicht einmal für culpa. Erst vom Augenblick der Insinuation der Erbschaftsklage hat er für diese einzustehen, für den Zufall niemals⁶¹⁾. Den Kaufpreis etwa veräußerter Objecte muß er, insoweit er noch vorhanden ist, resp. eine Bereicherung für ihn zur Zeit der Herausgabe⁶²⁾ vorliegt, restituiren⁶³⁾. Hierin zeigt sich ein Gegensatz gegenüber der Eigenthumsklage, wie er durch die verschiedene Natur der beiden Klageobjecte gegeben ist. Die Eigenthumsklage folgt immer ihrer Sache, nicht deren Preise, die Erbschaftsklage nur der Erbschaft als Ganzem, aus welcher zwar die einzelne veräußerte Sache, nicht aber der Kaufpreis ausscheidet. Will also der Erbe nicht die Eigenthumsklage gegen den Käufer der letzteren verfolgen, so steht ihm immer noch der Anspruch auf deren in der Erbschaft stekendes Aequivalent zu. Bei stattgehabter Begebung von Erbschaftsgeldern hat der bonae fidei possessor nur die bezügliche Forderung zu cediren (ohne irgend welche Haftung für dieselbe) und die empfangenen Zinsen herauszugeben, soweit sie noch vorhanden sind⁶⁴⁾. Etwaigen besonderen Gewinn aus der Erbschaft muß er ausliefern, in Livland und Reval jedoch nur dann, wenn er ihn nicht durch besonderen Fleiß gemacht hat⁶⁵⁾. In den übrigen Rechtsgebieten muß hier

60) Prov.-R. III, Art. 839. Unger, a. a. O. § 52 Note 4.

61) Prov.-R. III, Art. 2616.

62) Windscheid, a. a. O. § 612 Art. 13.

63) Prov.-R. III, Art. 2608.

64) Prov.-R. III, Art. 2609. Nach dem Wortlaut dieses Artikels könnte es scheinen, als ob der b. f. possessor inconsequenter Weise alle empfangenen Zinsen, auch die verbrauchten, erstatten müsse. Da jedoch Zinsen nach Privatrecht Früchte sind (Art. 554), müssen hier die Specialbestimmungen über diese letzteren eintreten. S. weiter unten im Text.

65) Prov.-R. III, Art. 2611. Leider ist der Begriff des „besonderen Fleißes“ nicht präcisirt und so dem richterlichen Ermessen anheimgestellt

der gemeinrechtliche Unterschied zwischen dem sog. commodum ex re und dem sog. commodum ex negotiatione herangezogen werden, wonach darauf zu achten ist, ob die Erbschaft oder die Arbeit des possessor der wesentliche Anlaß des Gewinns war.

Was die Früchte betrifft, so braucht der bonae fidei possessor bis zur Insinuation nur die noch vorhandenen sowie für nicht vorhandene die etwa noch existirende Bereicherung⁶⁶⁾ herauszugeben. Nach insinuirter Klage aber muß er nicht bloß für die fructus percepti, sondern auch für die fructus percipiendi⁶⁷⁾ eintreten, insoweit sie nicht durch Zufall untergegangen sind.⁶⁸⁾ Von den Früchten brauchen nach Provincialrecht nie Zinsen gezahlt zu werden, selbst wenn ein Verzug vorliegt, ein Satz welcher auch für den malae fidei possessor gilt.⁶⁹⁾

Der Besitzer in bösem Glauben haftet von vorn herein nicht bloß für culpa, sondern auch für den Zufall.⁷⁰⁾ Doch wird man, dem gemeinen Recht entsprechend, die Ausschließung der Zufallshaftung bei der Eigenthumsklage⁷¹⁾ für den Fall daß der Zufall die Sache auch bei dem Eigenthümer ge-

Diesem letzteren fehlt es aber, da der bonae fidei possessor zu keiner besonderen Diligenz verpflichtet ist, an jedem Anhaltspunkt.

66) Hierin liegt wieder ein Hinausgehen über die Eigenthumsklage, wie es sich wieder aus der sich stets ergänzenden Unversitätsnatur der Erbschaft erklärt.

67) Prov.-R. III, Art. 2612. D. h. für die Früchte, welche er (der Beklagte) hätte ziehen können, nicht für diejenigen, welche der Kläger (etwa kraft besonderer Kenntnisse) hätte ziehen können. Vgl. Windscheid, a. a. O. § 612 Note 23. Auch diese Haftung übersteigt die der Eigenthumsklage des Provincialrechts. Art. 913.

68) Prov.-R. III, Art. 2612 a. E.

69) Prov.-R. III, Art. 2613. Dieser auf speciell provincialrechtliche Quellen zurückgeführte Satz erklärt sich offenbar auch aus der Gleichstellung von Zinsen nur fruchtbar.

70) Prov.-R. III, Art. 2606. Das gemeine Recht läßt nach der herrschenden Meinung (Windscheid, a. a. O. I. § 193 Not. 13, III § 612 Note 2 Unger, a. a. O. § 52 Note 8) die Haftung für den Zufall erst mit der Insinuation eintreten. Dagegen geht das österreichische Recht ebenso weit wie das Provincialrecht.

71) Prov.-R. III, Art. 910.

troffen hätte, wohl auf die Erbschaftsklage ausdehnen können. Denn nach dem Wortlaut des Art. 2606 soll der *malae fidei possessor* bloß die Gefahr des Zufalls, d. h. für denjenigen Zufall eintreten, welcher durch seine *mala fide possessio* die Erbschaftsstücke bedroht. Übrigens wird diese strenge Haftung des bösgläubigen Besitzers für einen bestimmten Fall, nämlich für das Schicksal der zur Erbschaft gehörigen Forderungsrechte auch im Provincialrecht fallen gelassen. Wenn solche nämlich durch „Vernachlässigung“, d. h. durch Nichteinziehung zu gehöriger Zeit verloren gegangen sind oder gelitten haben, so haftet auch der *malae fidei possessor* hierfür nicht. Dieser aus dem gemeinen Recht ⁷²⁾ hinübergenommene Satz erklärt sich aus der Bewandtniß, daß die Haftung des *possessor* nicht weiter zu gehen vermag, als seine Dispositionsbefugniß. Da er zur Einziehung der Forderungen keine Legitimation besitzt, indem der Schuldner nur dem gehörig legitimirten Erben zu zahlen verpflichtet ist, so kann er auch die Schulden nicht einzassiren und für ihre Nichteinzassirung nicht haften. ⁷³⁾ Dagegen muß der *malae fidei possessor* bei Veräußerungen für das ganze Interesse (wenn er nicht die veräußerte Sache selbst wieder schaffen kann oder der Erbe nicht den Käufer direct in Anspruch nimmt) einstehen, bei Begebung von Geldern für die ganze Gefahr des Capitals. ⁷⁴⁾ In Bezug auf die Früchte muß er von vorn herein *fructus percepti* und *percipiendi* ersetzen ⁷⁵⁾, auch die durch Zufall untergegangenen.

72) Vgl. hierzu bes. Francke, Commentar über den Titel de hered. petit. C. 276 ff.

73) Daher läßt z. B. das österreichische Recht den m. f. *possessor* hier allerdings haften, sobald er gerichtlich eingesetzt ist, von welchem Augenblick an das österreichische Recht ihn wie einen Nachlasscurator u. s. w. legitimirt. Unger, a. a. O. § 40 a. E. u. § 52 Note 7.

74) Prov.-R. III, Art. 2608 u. 2609.

75) Prov.-R. III, Art. 2612. Und zwar erscheint es richtiger, da der bösgläubige Besitzer dem Erben für allen Schaden haften muß, ihn auch

III. Die Gegenaussprüche des Beklagten.

In dieser Beziehung muß dem Beklagten nicht bloß das Recht, auf allgemeiner Grundlage ⁷⁶⁾ Impensenersatz zu verlangen, zugestanden, sondern in sofern eine darüber hinausgehende Befugniß gewährt werden, als nützliche Verwendungen auch dem malae fidei possessor ersetzt werden müssen (ein Ersatz, der ihm sonst nicht zustehen würde), jedoch nur, wenn die dadurch hervorgerufene Wertherhöhung zur Zeit der Herausgabe der Erbschaft noch besteht ⁷⁷⁾. Dagegen ist eine andere Norm des gemeinen Rechts, welche dem bonae fidei possessor auch die impensae voluptuariae erstattet, nicht anerkannt worden ⁷⁸⁾, eine Inconsequenz, welche die Codification sich gegenüber dem sonst ⁷⁹⁾ anerkannten Princip, daß der bonae fidei possessor aus seinem Besitz keinen Schaden haben soll, zu Schulden kommen läßt. Auch darin behandelt das Provinzialrecht den bonae fidei possessor ungünstiger als das gemeine Recht, als es demselben den auf Fruchtziehung gerichteten Aufwand ebenso wie dem malae fidei possessor nur in soweit erstattet, als es sich um wirklich zu restituirende Früchte handelt, also den Aufwand auf bereits verzehrte Früchte nicht ersetzt ⁸⁰⁾. Doch läßt sich diese Abweichung eher gutheißen, da in diesem Fall der bonae fidei possessor durch das Behalten der fructus consumpti genügend entschädigt erscheint: war sein Aufwand auf fructus extantes ein

diejenigen Früchte ersetzen zu lassen, welche der Erbe hätte ziehen können (lucrum cessans). Vgl. auch Art. 913.

76) Prov.-R. III, Art. 577 ff. u. 2618.

77) Prov.-R. III, Art. 2618. Windscheid, a. a. O. § 613 Note 2.

78) Vgl. Unger, a. a. O. § 52 Note 10.

79) Namentlich in dem Satz (Art. 2617 a. G.), daß dem bonae fidei possessor auch der vergebliche, auf Fruchtterzielung gerichtete Aufwand ersetzt werden soll. Vgl. auch Windscheid a. a. O. § 613 Note 1.

80) Prov.-R. III, Art. 2617. Vgl. dagegen I. 38. Dig. de hered. pet. (5, 3).

vergeblicher gewesen, so wird er ihm trotzdem ersetzt, ein beneficium, auf welches der malae fidei possessor kein Recht hat⁸¹⁾.

Was die etwaigen Compensationsansprüche betrifft, so darf der gutgläubige Besitzer alle seine eigenen Forderungen an den Nachlaß (also auch die nicht fälligen — natürlich mit Abzug des Interusuriums) in Abzug bringen, der bösgläubige nur diejenigen, deren sofortige Berichtigung das Interesse des Klägers erheischt⁸²⁾. Endlich darf jeder Erbschaftsbesitzer die auf die Person des Erblassers verwendeten Krankheits- und Beerdigungskosten, in soweit ihre Höhe den Umständen angemessen war⁸³⁾, sowie die gezahlten Legate und Nachlaßschulden in Abzug bringen. Waren die Legate irrtümlich gezahlt, so hat der bonae fidei possessor dennoch Anspruch auf Schadloshaltung, wenn er seine *condictio indebiti* cedirt, der malae fidei possessor dagegen nicht, da er kein *condictio* besitzt⁸⁴⁾.

7.

IV. Die Zeit der Anstellung der Erbschaftsklage.

Gerade auf diesem Gebiete zeigt sich die oben⁸⁵⁾ erwähnte Vermischung des allgemeinen Anspruchs auf die Erbschaft mit der eigentlichen Erbschaftsklage gegen einen bestimmten Beklagten.

Und zwar äußert sich diese Vermischung in beiden Fällen, in dem der Nichterlassung eines Nachlaßproclams und in dem der Erlassung eines solchen.

Im ersteren Falle zeigt sie sich in der Reception der alten germanischen Verjährungsfrist von Jahr und Tag, gerechnet von

81) Ebendas. Art. 2617 a. G.

82) Ebendas. Art. 2615. Windscheid, a. a. O. III § 613 a. G.

83) Diese Beschränkung muß sich im Provinzialrecht auch der b. f. possessor gefallen lassen, da er hier keinen Erbschaftsanspruch wegen *impensae voluptuariae* hat.)

84) Prov.-R. III, Art. 2614 a. G. u. 3680.

85) Vgl. oben S. 252 ff.

Kenntnißnahme des Berechtigten über den Erbanfall ⁸⁶⁾. Denn diese, gegenwärtig für Livland, Estland. Mitau, Bauske und Friedrichstadt geltende Verjährungsfrist für die Erbschaftsklage ist eigentlich nur die alte Verjährungsfrist für die Geltendmachung des Erbrechts überhaupt ⁸⁷⁾. Es zeigt sich dies schon dadurch deutlich, daß die Voraussetzungen der wahren Erbschaftsklage, namentlich das Vorhandensein eines Beklagten, erst nach Ablauf des bezüglichen Jahres eingetreten sein können, in welchem Falle es doch unmöglich wäre, die Erbschaftsklage als verjährt anzusehen, ehe sie überhaupt entstanden ist ⁸⁸⁾. Wir vermögen daher diesen Rechtsatz nur dahin zu interpretiren, daß die Geltendmachung des Erbrechts, d. h. die Beanspruchung der Erbschaft, in der genannten Frist stattfinden hat, widrigenfalls die Erbschaftsklage später verloren geht. Hat aber eine Geltendmachung binnen der Verjährungsfrist stattgefunden, so beginnt die Nativität für die eigentliche Erbschaftsklage erst mit der tatsächlichen Vorenthaltung von Erbschaftsachen Seitens eines Dritten. Uebrigens greift in den genannten Rechtsgebieten in subsidium ⁸⁹⁾ die allgemeine russische Verjährungsfrist von zehn

86) Nicht etwa bloß über die Eröffnung der Erbschaft, wie der Wortlaut des Art. 2620 besagt. Denn Jemand kann sehr wohl Kenntniß von der Eröffnung einer Erbschaft haben, ohne zu ahnen, daß er zum Erben auf dieselbe eingesetzt ist. Praecise und richtig drückt sich der einschlägige Art. 2630 aus.

87) Vgl. RgL. schwed. Testamentsstadga v. 1687 § 8, M. R. R. Cap. 142. Rlg. St.-R IV, 7. Lüß.-R. v. 1586, II, 1, 9.

88) Man kann hiergegen auch nicht einwenden, daß ja dem Erben auch nachher wenigstens die Eigenthumsklage übrig bleibt. Denn abgesehen davon, daß diese letztere nicht auf alle Erbschaftsobjecte paßt, würde sie den Erben nöthigen, statt einer umfassenden unzählige Einzelklagen anzustellen und alle auf die Gesamtterbschaft bezüglichen Rechtsätze (z. B. in Bezug auf Operationen mit derselben, Verwendungen auf dieselbe) außer Acht zu lassen. Auch ist für den Fall einer Erbrechtsbestreitung nach Art. 2600 gerade die Erbschaftsklage bestimmt.

89) Wenn sich die Kenntniß des Berechtigten über den Erbanfall nicht nachweisen läßt.

Jahren, gerechnet von Eröffnung der Erbschaft, Platz⁹⁰⁾. Im übrigen Curland, außer den genannten Städten, gilt überhaupt die dortige allgemeine fünfjährige Verjährungsfrist von Eröffnung der Erbschaft⁹¹⁾.

War dagegen ein *Nachlaßproclam* erlassen, so besteht die Rechtsvorschrift, daß die Anstellung der Erbschaftsklage während der Proclamsfrist erfolgen muß⁹²⁾. Da nun aber auch hier die Voraussetzungen der Klage (Vorenthaltung durch einen Andern) möglicher Weise erst viel später eintreten, so kann auch hier wiederum nur eine Verwechslung zwischen Erbschaftsanspruch und Erbschaftsklage angenommen werden. Ist wirklich das Proclam gerade von dem derzeitigen Erbschaftsbefitzer veranlaßt worden, so ist die Beschränkung der Verjährungsfrist auf die Proclamsfrist — in soweit es sich um Klagen gegen den derzeitigen Besitzer handelt — eine selbstverständliche, da in diesem Fall das Proclam eine Provocation zur Anstellung der Erbschaftsklage bildet. War aber das letztere auf Anordnung des Gerichts, resp. auf Antrag der Nachlaßcuratel oder auf Bitte nicht besitzender Erbprätendanten erlassen worden, so kann die Meldung innerhalb desselben zwar eine nothwendige Voraussetzung der späteren Erbschaftsklage werden, da Mangels Meldung das Erbrecht des Klägers regelmäßig⁹³⁾ praecludirt wird — die Erbschaftsklage selbst aber vermag erst zu entstehen, wenn sie eine Veranlassung ihrer Anstellung findet. Angesichts der einmal bestehenden gesetzlichen Vorschrift muß zwar angenommen werden, daß die Anmeldung in der Nachlaßproclamsfrist eine Unterbrechung der etwa schon laufenden Verjährung, resp. eine Ankündigung der Erbschaftsklage im Voraus enthält. Tritt aber dann die thatsächliche Voraussetzung der Erbschaftsklage erst später ein, so kann dieselbe noch

90) Prov.-R. III, Art. 2620.

91) Ebendaß. Art. 2620 a. G.

92) Prov.-R. III, Art. 2619 a. A.

93) Jedoch nicht immer. S. weiter unten im Text.

immer binnen zehn Jahren in Liv- und Estland, binnen fünf Jahren in Curland (in beiden Provinzen gerechnet von Eröffnung der Erbschaft) angestellt werden.

Uebrigens bietet das Nachlassproclam keineswegs eine absolute Abkürzung der Frist zur Geltendmachung der Erbanprüche. Sobald der Kläger seine schuldlose Unkenntniß, ja auch nur seine schuldlos verspätete Kenntniß von dem Nachlassproclam beweisen kann, tritt für seinen Erbschaftsanspruch nicht die abgekürzte Proclamsfrist, sondern die oben erwähnte gewöhnliche Verjährungsfrist ein⁹⁴⁾. Da die Proclame bloß in den öffentlichen Blättern und an den Gerichtsthüren bekannt gemacht werden, eine gesetzliche Pflicht aber zum Halten der ersteren nur für wenige Instanzen existirt, so kann nicht bloß der Abwesende, sondern auch der Anwesende sich überall da auf schuldlose Unkenntniß des Proclams berufen, wo nicht besondere Verhältnisse (z. B. seine Kenntniß über gerichtliche Behandlung der vorliegenden Erbschaft) ihm die Sorge für diese Angelegenheit nahe legen oder seine Kunde von dem Proclame direct erwiesen werden kann. Der Werth der Nachlassproclame ist demnach nach dieser Seite hin ein weit geringerer als in der Praxis häufig angenommen wird.

Aus dieser ganzen Darstellung ist ersichtlich, daß die Codification bei Fixirung der Anstellungsfrist für die Erbschaftsklage nicht an die gemeinrechtliche hereditatis petitio, sondern an die alte germanische Beanspruchung des Nachlasses vor dem Richter gedacht, daß sie sich selbst noch nicht an die von ihm recipirte private Behandlung der Erbschaft gewöhnt hat. Allerdings wird in den meisten Fällen die Voraussetzung für die Erbschaftsklage auch schon zur Proclamszeit vorliegen. Denn das Proclam läuft ja regelmäßig nicht bloß für den Kläger, sondern auch für den Beklagten der Erbschaftsklage und nöthigt daher auch diesen

94) Prov.-R. III, Art. 2519 a. G.

Letztern, entweder sich schon während der gesteckten Frist mit seinen Maßregeln gegen die Erbschaft zu geriren und so die Nativität der hereditatis petitio hervorzurufen, oder mit seinen eigenen Ansprüchen praecludirt zu werden und daher die Legitimation des Beklagten für die Erbschaftsklage zu verlieren. Nur wenn schuldlose Unkenntniß des Proclams vorliegt oder der Beklagte zu den Personen gehört, welche zwar das Erbrecht des Klägers bestreiten, sich selbst aber garnicht für Erben halten⁹⁵⁾, also auch nicht zur Meldung im Proclam verpflichtet sind, kann der Fall eintreten, daß die Erbschaftsklage gegen denselben erst nach Ablauf der Proclamsfrist entsteht, resp. läuft. Dieselbe kann dann eventuell bis fünf, resp. zehn Jahre von Eröffnung der Erbschaft ab angestellt werden⁹⁶⁾,

8.

V Die provisorische Besitzregulirung.

Von den mannigfachen Rechtsmitteln des römischen Rechts behufs Erlangung eines provisorischen Erbschaftsbesitzes⁹⁷⁾ ist in das Provincialgesetzbuch nur ein einziges⁹⁸⁾ übergegangen, der Schutz des in einem formell unantastbaren Testament eingesetzten Erben. Dieser letztere hat das Recht auf gerichtliche Einweisung in den Erbschaftsbesitz, einerlei ob schon ein Erbschaftsproceß vorliegt oder nicht, ein Proclam erlassen ist, oder

95) Vgl. oben S. 262.

96) Auch diese subsidiäre Verjährungsfrist denkt offenbar bloß an den Erbschaftsanspruch überhaupt. Denn es können Fälle vorkommen, wo die eigentliche Erbschaftsklage erst nach Ablauf dieser längeren Frist geboren wird (gegenüber dem gesetzlich Abwesenden oder Minderjährigen, welcher sich der Erbschaft erst nach Ablauf jener Frist bemächtigt hat).

97) Vangerow, a. a. D. II. § 509 u. 510. Sintenis, a. a. D. III, § 193. Windscheid, a. a. D. § 617.

98) Denn die Regulirung der Erbschaft durch Nachlaßcuratel und Proclam ist keineswegs eine bloß provisorische, wenn auch die Möglichkeit eines Wiederauflebens der Erbfrage (z. B. durch restitutio in integrum oder durch den Beweis schuldloser Unkenntniß des Proclams) nicht ausgeschlossen ist.

nicht⁹⁹⁾. Dieses, dem sog. *remedium ex lege ultima Codicis de edicto Divi Hadriani tollendo*¹⁰⁰⁾ nachgebildete Rechtsmittel schützt also den Testamentserben und keinen Andern¹⁰¹⁾. Für Intestaterben liegt übrigens regelmäßig nach dem Provinzialrecht kein Bedürfnis nach einem besonderen gerichtlichen Schutz vor, da die nächsten Familienglieder aus dem Hausstande des Verstorbenen die Detention des Nachlasses durch Eigenbleiben in demselben ergreifen¹⁰²⁾ und auch sonst regelmäßig eine private Besitzergreifung genügt. Muß sich dagegen das Gericht *ex officio* in die Nachlaßverhandlung einmischen, wie bei unbekannten, alleinstehenden, unmündigen Erben, so gilt die gerichtliche Verwaltung und Besitznahme als ein genügender Schutz der Interessen des Erben.

Nur für bestimmte Acte des Intestaterben genügt die Selbstlegitimation nicht, welche derselbe sich durch Antretung gegeben hat. Es sind dies Empfangnahmen solcher Erbstücke, welche eine schriftliche Beurkundung oder Legitimation zu ihrem Erwerbe erheischen, wie auf den Namen gestellter Obligationen, Gehaltsbezüge, Pensionen und insbesondere Immobilien in Liv- und Estland¹⁰³⁾, deren Uebertragung erst durch Corroboration einer schriftlichen Urkunde bewerkstelligt wird. Lag nun eine hereditatis petitio oder wenigstens eine gerichtliche Verhandlung der Nachlaßsache vor, so kann das zu erwartende Endurtheil die betr. Urkunde darstellen. Ist aber die gerichtliche Behandlung des Nachlasses nicht erforderlich gewesen, so bedarf man irgend eines Auskunftsmittels zur Herstellung der erforderlichen schriftlichen

99) Prov.-R. III, Art. 2480 a. G.

100) Windscheid, a. a. O. § 617 Note 6. Seuff. Arch. II, 75, 76. III, 281—286, VI, 229, IX, 317, XII, 50, XIV, 103, XVII, 70.

101) Nicht dem Vertragserben und nicht dem Legatar.

102) Prov.-R. III, Art. 2629.

103) Prov.-R. III, Art. 2735 u. 2736. Auch in Curland bedarf man, in der Praxis wenigstens, zur Legitimierung späterer Dispositionen über das geerbte Mobil einer Urkunde.

Legitimation. Dieses, dessen übrigens die Codification nicht erwähnt, wird in der Praxis durch Attestate, resp. Resolutionen der Nachlaßbehörden beschafft, welche auf Grund von Zeugenaussagen ertheilt werden. — Dieselben haben jedenfalls einen provisorischen Charakter und praejudiciren dem Ansprüche eines späteren Erbprätendenten in keiner Weise.

5

XI.

Ueber die Anwendbarkeit des im XV. Bande des Svod der Reichsgesetze enthaltenen russi- schen Criminal-Prozesses in Livland.

Mittels Senats-Ukases vom 11. November 1846 Nr. 4981 (publ. durch Patent der livländ. Gouvernements-Regierung vom 10. December 1846 Spec. Nr. 92) wurde den Gerichtsbehörden in den Ostsee-Gouvernements vorgeschrieben, „daß sie bis zur Veröffentlichung der folgenden Theile des Svod der Provinzialgesetze, welche das Privatrecht, den Civil-Prozeß und den Criminal-Prozeß enthalten sollen, in diesen Theilen des provinziellen Rechtes sich nach den geltenden Rechtsbestimmungen zu richten, bei der Verhandlung von Criminal-Sachen wie bisher sich auf die einzelnen Verordnungen, Befehle und anderen Rechtsbestimmungen zu berufen, und wo solches erforderlich ist, die Artikel des 2. Buchs des Svod der Criminal-Gesetze Bd. XV in derjenigen Gestalt, wie dieselben in die VI. Fortsetzung dieses Bandes aufgenommen sind, anzuziehen haben“

Veranlassung zu diesem Befehle war, daß das livländ. Hofgericht und der Rigasche Rath die Erfüllung des, in Folge einer Circulair-Vorschrift des Dirigirenden des Justiz-Ministeriums, gestellten Antrages des livländischen Gouvernements-Procureur's wegen Anziehung und Zugrundelegung der Artikel des 2. Buches des XV. Bandes des Svod der Criminal-Gesetze (Ausgabe vom J. 1842) in derjenigen Gestalt, wie sie in die

VI. Fortsetzung des Swod der Geseze aufgenommen sind, verweigert hatten, bei der Erklärung, daß das gedachte 2. Buch die Regeln des Criminal-Prozesses eigens für die Großrussischen Gouvernements enthalte, für die Ostsee-Gouvernements aber, laut des am 1. Juli 1845 erlassenen Allerhöchsten Befehls über die Publicirung des Provinzialrechts der Ostsee-Gouvernements, die Herausgabe einer besonderen Verordnung über die Ordnung des Criminal-Prozesses erfolgen solle, und bis dahin diese Ordnung wie bisher verbleiben müsse.

Seine Entscheidung stützte der Senat darauf: 1) daß die bis dahin herausgegebenen zwei Theile des Provinzialrechts der Ostsee-Gouvernements die Regeln des Criminal-Prozesses nicht enthalten und daß im P. 3 des Allerh. Befehls vom 1. Juli 1845 es heiße: in Beziehung auf die übrigen Theile der Provinzialgeseze, d. h. auf — — den Criminal-Prozeß, haben, bis zur Veröffentlichung der folgenden Theile dieses Provinzialrechts, die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden, sowie Privatpersonen, fortfahrend sich nach den geltenden Rechtsbestimmungen zu richten, in der Geschäftsführung wie bisher sich auf die einzelnen Verordnungen, Befehle und andere Rechtsbestimmungen zu berufen; 2) daß im Criminal-Prozeß in den Ostsee-Gouvernements in vielen Fällen von allen Gerichtsbehörden, das livländische Hofgericht und den Rigaschen Rath nicht ausgenommen, Artikel des 2. Buchs des XV. Bandes des Swod der Criminal-Geseze angezogen und angenommen werden, besonders in der Ordnung der Eröffnung der Entscheidungen der Gerichtsbehörden und der Zulassung von Appellationsbeschwerden wider dieselben, und unmittelbar, gemäß dem Ukas vom 31. Juli 1805, bei der Verhandlung von Untersuchungsfachen über Amtsverbrechen, und 3) daß in die VI. Fortsetzung zum 2. Buche des XV. Bandes, auf Grundlage des Allerh. Bef. v. 15. August 1845, Artikel des 1. Buch. des XV. Bandes eingeschaltet sind, — — behufs genauerer Uebereinstimmung derselben mit den Bestimmungen

des neuen Strafgesetzbuches, dessen Wirksamkeit, wie im Art. 173 desselben gesagt ist, in gleichem Maße alle russ. Unterthanen innerhalb der Grenzen des Reichs unterliegen. Darnach erachtete der Senat, daß das Hofgericht und der Nigaische Rath unbegründet und ungemäß dem Allerhöchsten Befehl (vom 1. Juli 1845) und den allegirten Allerhöchsten Ukasen, die Anziehung und Zugrundelegung der Artikel des 2. Buchs des XV. Bandes in derjenigen Gestalt, wie dieselben in die VI. Fortsetzung dieses Bandes aufgenommen sind, im Criminal-Prozeß verweigert, — und erließ deshalb den Eingangs angeführten Befehl.

Aus dem vorstehend Referirten, insbesondere daraus, daß durch eine *Circular*-Vorschrift des Dirigirenden des Justiz-Ministeriums, also durch eine allgemeine, auch die großrussischen Gouvernements, in denen die Anwendung der Artikel des 2. Buchs des XV. Bandes gar nicht fraglich sein konnte, betreffende Vorschrift, der livländ. Gouvernements-Procureur zu dem angeführten Antrage veranlaßt worden war, ergiebt sich, daß zunächst in Frage stand die Anziehung und Zugrundelegung der Artikel des 2. Buchs des XV. Bandes des Swod der Reichsgesetze (Ausg. 1842) in derjenigen Gestalt, wie sie in die VI. Forts. aufgenommen waren. Diese Frage wurde nun von dem Senat wie angegeben entschieden, wobei der Passus „wo solches erforderlich ist u.“ dem Wortlaute und dem Wortsinne nach nicht anders aufgefaßt werden kann als: daß wo es erforderlich ist, einen Artikel des 2. Bch. XV Band. anzuziehen, derselbe, falls er in der VI. Fortsetzung abgeändert worden, in der in dieser Fortsetzung ihm gegebenen Gestalt anzuziehen ist, daher auch unter der Angabe „in der VI. Fortsetzung“.

Die weiter zu stellende Frage: wo oder wann, d. h. in welchen Fällen es erforderlich ist, Artikel des 2. Buch. des XV Bandes zu Grunde zu legen und daher anzuziehen, könnte hier unberührt bleiben,

als eine Frage, die, nach dem Vorstehenden, nicht zunächst zur Entscheidung stand, wenn nicht in der Einleitung des Ukases angeführt wäre, daß der Senat sich habe vortragen lassen die Sache, betreffend den Antrag des stellvertretenden Ober-Procureurs hinsichtlich dessen, daß das livländ. Hofgericht und der Rigasche Rath bei der Entscheidung von Sachen nicht das zweite Buch des Swod der Criminal-Gesetze, welches den Criminal-Prozeß enthält, zur Richtschnur und Grundlage nehmen. Es war sonach auch diese Frage durch den Antrag des stellv. Ober-Procureurs und ebenso durch die oben angeführten Erklärungen des livländ. Hofgerichts und Rigaschen Rathes an den Senat herangetreten.

Der Senat ist nun entweder auf diese Frage nicht weiter eingegangen, — worauf man daraus schließen könnte, daß er den Antrag des stellv. Ober-Procureurs nicht weiter berührt und den Erklärungen des Hofgerichts und Rathes nur gegenüberstellt die Angabe, daß im Criminal-Prozeß in den Ostsee-Gouvernements in vielen Fällen von allen Gerichtsbehörden der Ostsee-Gouvernements, das livländ. Hofgericht und den Rigaschen Rath nicht ausgenommen, Artikel des 2. Buchs des XV. Bandes des Swod der Criminal-Gesetze angezogen und angenommen werden, besonders in den oben (P. 2. des Ukases) bereits angeführten Beziehungen, — oder der Senat hat mit der Entscheidung über die erste Frage implicite auch über diese zweite Frage entscheiden wollen und entschieden.

In dem ersteren Falle blieben immer von Bedeutung wie einerseits die oben angeführten Erklärungen des livländ. Hofgerichts und Rigaschen Rathes, so andererseits die Angabe des Senats, daß im Criminal-Prozeße in den Ostsee-Gouvernements in vielen Fällen von allen Gerichtsbehörden Artikel des 2. Buchs des XV. Bandes angezogen und angenommen worden, besonders in den angeführten Beziehungen (P. 2. des Ukases). Aus dieser Angabe ist übrigens nicht ersichtlich, auf welcher Grundlage dieses

Anziehen und Annehmen beruhte, ob auf Verpflichtung durch ein Gesetz, oder auf der Praxis, oder auf einer unrichtigen Auffassung u. s. w., — es sei denn, daß in dem „angenommen“ jene Grundlage angedeutet ist; außerdem ist dieses Anziehen und Annehmen für ein sehr beschränktes Gebiet behauptet, nämlich für das vom Senat, — wahrscheinlich doch als das am Meisten und hauptsächlich betretene, — angeführte (P. 2.), während es darnach auf dem übrigen Gebiete des Criminal-Prozesses überhaupt, bis zur Urtheils-Fällung, gar nicht oder nur in geringem Maasse stattgefunden.

In dem anderen Falle, daß der Senat mit der Entscheidung über die erste Frage implicite auch über die zweite entschieden hat, kann nach dem oben Angeführten solche Entscheidung nicht anders verstanden werden als: daß die Gerichtsbehörden in den Ostsee-Gouvernements bei der Verhandlung von Criminal-Sachen wie bisher auf die einzelnen Verordnungen, Befehle und andere Rechtsbestimmungen, — zu denen selbstverständlich auch die für die Ostsee-Gouvernements speciell erlassenen oder auf sie auf gesetzgeberischem Wege ausgedehnten Gesetze, desgleichen die aus dem 1. Buche des XV Bandes des Svod der Criminal-Gesetze, enthaltend das Criminal-Recht, in das 2. Buch des XV Bandes in der VI. Fortsetzung (cf. oben P. 3. des Senats-Urlasses) übergegangenen Artikel gehören, — zu berufen und, wo solches erforderlich ist, d. h. in denjenigen Fällen, für welche in den provinziellen Quellen „einzelne Verordnungen, Befehle und andere Rechtsbestimmungen nicht vorhanden sind“, die bezüglichen Artikel des 2. Buch's des XV Bandes, enthaltend den russischen Criminal-Prozeß, anzuwenden haben, — als ergänzende Normen für den provinziellen Criminal Prozeß, — und daß die bezüglichen Artikel dieses 2. Buches dann auch von ihnen anzuziehen sind und zwar, wenn sie in der VI. Fortsetzung zu diesem Buche eine abgeänderte Gestalt erhalten haben, nach dieser Fortsetzung.

In Betracht kommt hier ferner noch der Senats-Ukase vom 27. Januar 1848 Nr. 1120 (publ. durch Patent der livländ. Gouvernements-Regierung vom 10. Februar 1848 Spec. Nr. 14), betreffend den Bericht des gewesenen General-Gouverneurs der Ostsee-Gouvernements darüber, daß einige Behörden dieser Gouvernements den Namentlichen Ukase vom 1. Juli 1845 nicht genau erfüllen. In diesem Ukase führt der Senat unter Anderem an: daß bei der Anziehung und Anwendung der Artikel der zwei ersten Theile des Provinzialrechts alle Behörden und Privatpersonen sich nach den im Swod der Reichsgesetze, Bd. I, Verfassung des Senats, Art. 102, Beilage, enthaltenen Regeln richten müssen, in denen die Fälle positiv bestimmt sind, in denen die Berufung auf frühere, nicht in den Codex aufgenommene Rechtsbestimmungen zulässig ist, — daß nach den Worten des Namentlichen Ukases vom 1. Juli 1845 in die zwei ersten Theile des Provinzialrechts alle auf die besonderen Verfassungen und die Ständerrechte bezüglichen Bestimmungen, welche bisher in den Ostsee-Gouvernements Kraft und Geltung bewahrt haben, aufgenommen sind, — daß die Behörden der Ostsee-Gouvernements nicht das Recht haben, sich nach, auf die Verfassungen und Ständerrechte bezüglichen Rechtsbestimmungen, welche nicht in die zwei ersten Theile des Provinzialrechts übergegangen sind, zu richten, und daß diese zwei Theile alle die Verfassungen und Ständerrechte betreffenden Rechtsbestimmungen ersehen.

Die durch den angeführten Senats-Ukase vom 11. November 1846 anerkannte ergänzende Anwendbarkeit von Bestimmungen des russischen Criminal Processes (nach dem Swod der Reichsgesetze in der Ausgabe von 1842) in Livland ist selbstverständlich eingeschränkt einestheils durch die von dem russischen Recht mehr oder weniger abweichenden Bestimmungen des Provinzialrechts der Ostsee-Gouvernements über den Gerichtsstand in Criminal-Sachen, mit Rücksicht auf den Stand des Angeeschuldigten, und über die Competenz der Gerichtsbehörden in

Criminal-Sachen, anderntheils gemäß den Eigenthümlichkeiten des livländischen Criminal-Prozesses, namentlich in Bezug auf die Befugnisse und Verpflichtungen der Polizei einerseits, der Criminal-Behörde 1. Instanz andererseits bei der Verhandlung von Criminal-Sachen.

Dem livländ. Criminal-Prozesse ist eigenthümlich, für gewisse Personen und Verbrechen oder Vergehen, ein besonderer accusatorischer Criminal-Prozeß, neben dem die Regel bildenden inquisitorischen oder Untersuchungs Prozesse; dem russischen Criminal-Prozesse nach dem Smod der Reichsgesetze Buch 2 Band XV, sowohl in der Ausgabe von 1842, als auch in der von 1857, ist ein solcher accusatorischer Prozeß ganz fremd. Aber auch in Bezug auf den Untersuchungs-Prozeß hat eine wesentliche Verschiedenheit Statt zwischen dem livländischen und dem russischen Criminal-Prozeß. Der Smod der Reichsgesetze Bd. XV Buch II, wie in der Ausgabe von 1842, so auch in der Ausgabe von 1857, weist der Polizei zu, — abgesehen von den ihrer Dijudicatur unterliegenden geringfügigen Verbrechen und Vergehen, — die ganze Untersuchung, слѣдствіе (daf. Art. 1 P. 1 u. Art. 2), mit eidlicher Vernehmung der Zeugen u., und zwar sowohl die предварительное слѣдствіе (daf. Art. 34—138), als auch die формальное слѣдствіе (daf. Art. 139—284), — und überträgt dem Criminal-Gerichte 1. Instanz den „судъ“, bestehend in Revision (повѣрка) der Untersuchung, in Beurtheilung der Beweise und Indicien für die Schuld oder Unschuld des Angeeschuldigten, und in Fällung des Urtheils (daf. Art. 1 P. 2, Art. 285 ff.). Nach dem livländ. Criminal-Prozeß ist die Betheiligung an der Verhandlung der Criminal-Sachen ganz anders zwischen Polizei und Criminal-Behörde erster Instanz vertheilt. Der Polizei ist zugewiesen nur ein Theil der ganzen Untersuchung, die Voruntersuchung, auch genannt General-Inquisition, die производство предварительнаго слѣдствія (Provinzialrecht der Ostsee-Gouvernements, Theil I, Art. 411,

В. 35, deutscher und russischer Text), außer der полицейское дознание, — der Criminal-Behörde 1. Instanz dagegen der andere Theil der ganzen Untersuchung, die förmliche Untersuchung, auch genannt Special-Inquisition, oder articulirtes Verhör, die производство формальнаго слѣдствія (das. Art. 370, В. 1, deutscher und russ. Text) und die aburtheilende Begutachtung, resp. die Fällung des Urtheils (das. Art. 371), — wobei die eidliche Vernehmung der Zeugen u. nicht der Polizei, sondern der Criminal-Behörde erster Instanz übertragen ist.

Demgemäß kann die oben angeführte ergänzende Anwendbarkeit von Bestimmungen des russ. Criminal-Prozesses (nach dem Sвод sowohl der Ausgabe von 1842, als auch der Ausgabe von 1857), wenn es sich handelt um eine Bestimmung über Befugnisse oder Verpflichtungen der Polizei bei Verhandlung von Criminal-Sachen, nicht ohne Weiteres für die Polizei in Livland eintreten, auf Grundlage dessen, daß diese Bestimmung für die Polizei gegeben, die Polizei in Livland aber auch eine Polizei ist, — sondern es ist eine solche Bestimmung nur dann und in so weit für die Polizei in Livland verbindlich, als sie mit den berührten wesentlichen Abweichungen des provinziellen Criminal Prozesses von dem russischen (nach dem Sвод, Ausgabe 1842, resp. 1857) vereinbar ist. *)

*) Anm. In einem Ukase des V. Departements des Senats vom 23. März 1884, ergangen über verschiedene Anklagen gegen eine Land-Polizeibehörde in dem Ostsee-Gebiete, ist zunächst die Frage gestellt: sind die gerichtlich-polizeilichen und die Gerichts-Behörden der Ostsee-Gouvernements verpflichtet, bei der Verhandlung von Criminal-Sachen, in Bezug auf Untersuchung derselben und Entscheidung über sie, sich zu richten nach den in dem II. Buche des XV. Bd. des Sвод der Reichsgesetze, Ausgabe 1857, dargelegten Gesetzen? Auf Grund allgemeiner, — nicht der vorliegenden Sache entnommener — thatsächlicher und Gesetzes-Momente beantwortet der Senat diese Frage dahin: die gerichtlich-polizeilichen und die Gerichts-Behörden der Ostsee-Gouvernements können bei der Untersuchung, Beurtheilung und Entscheidung von Criminal-Sachen die im II. Buche des XV. Bandes des Sвод der Reichsgesetze, Ausgabe von 1857, dargelegten Gesetze für sie verbindlich erachten nur in so weit, als in wie weit in dem I. Theile des Provinzialrechts der Ostsee-

Hieraus ergibt sich, daß das Verfahren der Polizei in Livland bei der Verhandlung von Criminal-Sachen hinsichtlich seiner Ordnungsmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit nur zu beurtheilen ist vom Standpunkte des eigenthümlichen livländ. Criminal-Prozesses, mit Einschluß der für Livland erlassenen, oder auf Livland auf gesetzgeberischem Wege ausgedehnten Gesetze, so wie mit Einschluß, wo solches erforderlich ist, weil die provinziellen Quellen nicht ausreichend sind, — derjenigen Bestimmungen des russischen Criminal-Prozesses (nach der Ausgabe von 1842 resp. 1857), die mit dem livländischen Criminal-Prozeß sich vereinigen lassen, weil sie nicht ausgeschlossen sind durch Bestimmungen des Provinzialrechts der Ostsee-Gouvernements, oder durch die Regeln des accusatorischen Prozesses, oder durch ihre ausschließliche Beziehung auf die der Polizei in Livland entzogene формальное слѣдствіе.

Unter Beziehung auf das bisher An- und Ausgeführte sollen in dem Nachstehenden zwei Fragen in Betreff der Mitwirkung der Ordnungsgerichte in Criminal-Sachen beantwortet werden.

1) Können die Ordnungsgerichte Sachen erledigen, welche Kennzeichen von solchen Verbrechen oder Vergehen enthielten, die der polizeilichen Dijudicatur nicht unterliegen, Strafen nach sich ziehen können, welche die im Art. 842 des 2. Bch. des XV. Bandes des Sвод der Reichsgesetze (Ausg. 1857) angezeigten Grenzen überschreiten?

Werden Umstände bekannt, die Kennzeichen eines gewissen Verbrechens oder Vergehens andeuten oder enthalten, resp. Verdacht gegen eine bestimmte Person als Thäter begründen, so

Gouvernements, Ausgabe von 1845, eine Anwendung derselben angezeigt ist. — Wenngleich dieser Senats-Urtheil ein in einem einzelnen Falle ergangener ist, so steht es doch außer Zweifel, daß der angeführten Beantwortung der gestellten Frage eine allgemeine Geltung beizulegen ist, in Anbetracht der Momente, auf denen sie beruht.

können solche Umstände diese ihre Bedeutung nur behalten, wenn in der Untersuchung ihre Thatsächlichkeit und Bedeutung nicht geschwunden ist. Ist dagegen Resultat der Untersuchung, daß jene Umstände auf Grund von Beweis = Momenten, die in der Untersuchung als vollgültige gelten können, nicht aufrecht erhalten werden konnten, hinfällig erachtet werden mußten, so fällt mit ihnen auch ihre Bedeutung für jene Kennzeichen des indicirten Verbrechens oder Vergehens. Es liegt dann die indicirte strafwürdige Handlung nicht mehr vor, oder der Angeschuldigte kann nicht mehr als ihr Urheber gelten, oder der objective und der subjective Thatbestand jenes Verbrechens oder Vergehens haben sich nicht herausgestellt, die Kennzeichen desselben sind in der untersuchten Sache nicht mehr zu finden. Folgeweise kann in einem solchen Falle das Moment, durch welches die durch die Untersuchung ermittelte Handlung der Dijudicatur einer gewissen Autorität entzogen wäre, oder die Beahndung derselben zu einer Ueberschreitung der für jene Autorität durch das Gesetz angewiesenen Grenzen würde, nicht mehr diese Wirkung haben, weil es selbst gefallen ist.

Nach dem livländ. Criminal-Prozesse hat das Ordnungsgericht, sobald es die Ueberzeugung gewonnen, daß die ihm zustehende Voruntersuchung so weit geführt worden, daß sie als zum Schluß reif erachtet werden kann, den Schluß zu verfügen, zugleich aber auch schlüssig zu werden darüber, ob die Sache zur Special - Inquisition gegen eine bestimmte Person geeignet, — und demgemäß dem Landgericht zu übergeben ist, oder nicht. Maafgebend ist hierfür das Ergebnis der Voruntersuchung. Gelangt das Ordnungsgericht durch sie zu der Ueberzeugung, daß das untersuchte Ereigniß wirklich stattgehabt, — daß es gelungen aufzudecken, daß in diesem Ereignisse das indicirte Verbrechen oder Vergehen wirklich vorliegt, — daß eine Gewißheit oder wenigstens einige Wahrscheinlichkeit dafür sich ergeben, daß nicht unwesentliche Kennzeichen des indicirten Verbrechens oder Ver-

gehens, auch begründete Verdachts-Momente gegen eine bestimmte Person als Thäter, vorhanden, also der ganze Thatbestand des Verbrechens oder Vergehens in seinen wesentlichen Merkmalen einigermaßen vorliegt, so ist die Uebergabe an das Landgericht, zur Special-Inquisition, zu verfügen, — anderenfalls nicht. Denn es kann doch nicht geboten erscheinen, — ist auch nicht dem Ordnungsgerichte durch ein dasselbe verpflichtendes Gesetz oder eine Norm des livländ. Criminal-Prozesses vorgeschrieben (cf. unten), daß, abgesehen von dem subjectiven Thatbestande, in jedem Falle, — selbst in dem immer doch möglichen — wenn in der Voruntersuchung alle einigermaßen wesentlichen Kennzeichen eines gewissen Verbrechens oder Vergehens jede Wahrscheinlichkeit eingebüßt, alle sie betreffende Umstände als gänzlich unbegründet und unwirksam sich herausgestellt haben, jede Spur eines Verbrechens oder Vergehens geschwunden ist, — die Uebergabe an das Landgericht zu verfügen sei. *) Auch können ja Klage, Anzeige und Denunciation wegen eines Verbrechens oder Vergehens auf Irrthum, bösem Willen, Rache u. s. w. beruhen, dieses in der Untersuchung zweifellos sich herausstellen, durch Eingeständniß des Klägers u. und andere Beweis-Momente, ohne daß eine Spur des angezeigten Verbrechens oder Vergehens übrig bleiben. — Wird die Uebergabe an das Landgericht zur Special-Inquisition nicht verfügt, so verbleibt es bei dem einfachen Schluß der Voruntersuchung, wodurch jedoch Wiederaufnahme der Untersuchung bei Auffindung besserer Beweise nicht ausgeschlossen, wie denn auch solche Wiederaufnahme mit der Verfügung des Schlußes der Voruntersuchung verbunden werden kann. Daß in derartigen Fällen über sie einer Autorität zu berichten, ist hier nicht weiter in Betracht zu ziehen.

*) An m. Das curländ. Oberhofgericht hat unter dem 24. April 1877 den Hauptmannsgerichten vorgeschrieben, zum weiteren Verfahren an die Oberhauptmannsgerichte zu senden nur die Sachen, in denen der objective Thatbestand eines Verbrechens vollständig festgestellt und ein Verbrecher ermittelt ist.

Ergiebt die Voruntersuchung den Thatbestand eines ganz anderen, mit dem zur Anzeige gebrachten nicht verwandten, ihm nicht ähnlichen, dabei der Dijudicatur des Ordnungsgerichts nicht entzogenen und einer Beahndung, die die im Art. 842 angezeigten Grenzen nicht überschreitet, unterliegenden Verbrechens oder Vergehens, so läßt sich wohl unbedenklich annehmen, daß das Ordnungsgericht nicht für verpflichtet erachtet werden kann, dieses Verbrechen oder Vergehen unbeahndet zu lassen, vielmehr verpflichtet ist die gesetzlich ihm zustehende Strafe zu verhängen.

2) Können Untersuchungen über die Verbrechen oder Vergehen, welche der polizeilichen Dijudicatur nicht unterliegen und Verlust von Rechten und schwere Criminal - Strafen nach sich ziehen, aus Mangel an Indicien durch Verfügungen der Ordnungsgerichte eingestellt werden, oder müssen sie an das Landgericht devolvirt werden auf Grund des Art. 280 des Ewod der Reichsgesetze Bd. XV, Buch II (Ausg. 1857)?

Das bisher An- und Ausgeführte ist auch für die Beantwortung dieser zweiten Frage maassgebend, insbesondere aber ist zu erörtern, ob und in wie weit der angeführte Art. 280 in Livland Geltung hat.

Der angegebene Art. 280 ist wörtlich entnommen dem Art. 1144 des Ewod der Reichsgesetze Bd. XV, Buch II, Ausgabe von 1842, der lautet:

„Von der allgemeinen Regel über die Absendung der Untersuchungssachen an das Gericht sind nicht ausgeschlossen die Untersuchungen über Verbrechen, bei denen ein Schuldiger nicht ermittelt worden, und ebenso die über Vorgänge, bei denen weder ein Verbrecher, noch ein Verbrechen ermittelt ist, wie: über plötzlich an Krankheitszufällen Verstorbene, über Ertrunkene, über Solche, die sich erhängt haben und andere Selbstmörder, über Feuersbrünste, die durch Zufall entstanden, und ähnliche Ereignisse, — mit dem Unterschiede: daß die Untersuchungen erst e-

rer Art, in Sachen, bei denen Verbrecher ermittelt worden sind, an die Gerichtsbehörden zur Ausübung des Gerichts (для производства суда), letztere aber zur Revision der Ordnung bei Führung der Untersuchung abgesandt werden“

Darnach steht der Criminal-Behörde 1. Instanz zu und liegt ihr ob, a u ß e r der für gewisse Untersuchungs-Sachen ihr übertragenen A u s ü b u n g des Gerichts, производство суда, für gewisse andere Untersuchungs-Sachen die Revision der Ordnung bei Führung der Untersuchung. Erwägt man dabei, daß in dem Artikel beide Thätigkeiten einander entgegen gestellt sind und daß nach dem Art. 882, P. 2 des Swod Bd. XV, Buch II, Ausgabe 1842, und, damit wörtlich übereinstimmend, nach dem Art. 1, P. 2 des Swod Bd. XV, Buch II, Ausgabe 1857, der с у д ѣ besteht: въ повѣркѣ слѣдствія, въ сужденіи о винѣ или невинности подсудимаго und въ постановленіи приговора, so ergiebt sich, daß beide Thätigkeiten wesentlich verschieden sind, wenn gleich die qu. Revision in einem gewissen Maaße unter die повѣрка слѣдствія des russ. Criminal-Prozesses sich subsumiren läßt.

Daß diese Verpflichtung und Berechtigung der Criminal-Behörde 1. Instanz zu der bezeichneten Revision schon vor dem Swod d. Reichsgesetze Bd. XV, Ausg. 1842, auf Grund der bei dem Art. 1144 l. c. allegirten Gesetze, auch der Criminal-Behörde 1. Instanz in Livland, namentlich den Landgerichten, oblag und zustand, ist nicht zu erweisen. Denn von den als Belege des Artikels allegirten Gesetzen ist das vom 18. Februar 1798, die Grundlage der ganzen bezüglichlichen Bestimmung des russ. Criminal-Prozesses, in Livland nicht publicirt worden, dergleichen das Gesetz vom 27. November 1825; das vom 28. December 1821 ist in Livland publicirt worden, erst im May 1823,

daß vom 27 August 1823 desgleichen, erst im August 1824, das vom 28. Februar 1828 desgleichen, im März 1828; aber alle diese publicirten Gesetze für den russ. Criminal-Prozeß sind nicht auf dem Wege der Gesetzgebung auf Livland ausgedehnt, sondern nur von der livländ. Gouvernements-Regierung zur Wissenschaft, resp. auch zur Nachachtung publicirt worden; solche Publication kann aber nicht als unbedingt maßgebend erachtet werden. (cf. unten).

Demnach kann auch nicht auf Grund des Art. 1144 der Ausgabe 1842 dem Landgerichte diese Competenz zu der angeführten Revision beigemessen werden.

In das 1845 erschienene Provinzialrecht der Ostsee-Gouvernements Thl. I wurde die qu. Revision als ein Competenz Punkt für das Landgericht nicht aufgenommen, vielmehr in dem Art. 370, — abgesehen von den hier nicht in Betracht kommenden Punkten 2 und 3, — im P. 1 nur angegeben als zur Competenz des Landgerichts gehörend: die förmliche Untersuchung und aburtheilende Begutachtung, производство формальнаго слѣдствія и суда въ первой инстанціи. Daß die qu. Revision darunter subsumirt worden, läßt sich nicht annehmen, bei der wesentlichen Verschiedenheit beider Thätigkeiten; in die förmliche Untersuchung läßt sie sich nicht einfügen. Hätte die Codification sie hier subsumirt, so hätte sie ohne Zweifel zu den als Belege allegirten provincialrechtlichen Quellen auch den Art. 1144 des Swod, Bd. XV, so wie den ihm entsprechenden Art. 2373 des II. Bd. (Ausgabe 1842), Gouv.-Verfassung, hinzugefügt und hinzuzufügen müssen — was aber nicht geschehen ist.

Aber auch die Annahme ist ausgeschlossen, daß der Art. 1144 l. c., oder vielmehr die zu ihm als Belege allegirten Gesetze, neben dem Art. 370 P. 1 des Provinzialrechts der Ostsee-Gouvernements in Livland in Geltung verblieben. Denn eines: theils ist nicht zu erweisen, daß dieser Art. 1144, resp. diese

Gesetze überhaupt verbindliche Normen in Livland geworden sind und daselbst gegolten haben (cf. oben), andertheils konnten sie, selbst wenn sie geltende Normen in Livland geworden waren, doch nicht weiter in Anwendung kommen, da, wie der oben angeführte Senats-Urtheil vom 27. Januar 1848, nachdem er angeführt, daß nach den Worten des Allerhöchsten Befehls vom 1. Juli 1845 in den zwei ersten Theilen des Provinzialrechts alle auf die besonderen Verfassungen und die Ständerechte bezüglichen Bestimmungen, welche bisher in den Ostsee-Gouvernements Kraft und Geltung bewahrt haben, enthalten sind, hervorhebt: die Behörden der Ostsee-Gouvernements nicht das Recht haben, nach auf die Verfassungen und Ständerechte bezüglichen Rechtsnormen, welche nicht in die zwei ersten Theile des Provinzialrechts übergegangen sind, sich zu richten. — Diese Nichtanwendbarkeit des Art. 1144 l. c. in Livland ergibt, daß auch der mit ihm im Texte und in den Citaten wörtlich übereinstimmende Art. 280 des 2. Bch. XV Bandes des Smod der Reichsgesetze, Ausg. 1857, nicht in Livland anwendbar sein kann, so lange nicht seine Anwendung daselbst in einer gesetzlich gestatteten Weise sich vollzogen hat.

Der Art. 370 P. 1 des I. Theils des Provinzialrechts der Ostsee-Gouvernements hat in der 1. Fortsetzung zum Provinzialrecht, vom J. 1853, eine Abänderung oder Ergänzung nicht erlitten, weder im Texte, noch in den Citaten.

Steht nun nach allem bisher An- und Ausgeführten dem Landgerichte nicht zu und liegt ihm nicht ob die in Frage stehende Revision, so ist selbstverständlich damit auch ausgeschlossen, daß zu solcher Revision gewisse Untersuchungen ihm von den Ordnungsgerichten zuzusenden sind.

Daß die Vorschrift des cit. Art. 1144 des Smod, Bd. XV, Ausg. 1842, oder vielmehr der als Belege zu ihm allegirten Gesetze, später, nach dem Erscheinen des Provinzialrechts der Ostsee-Gouvernements, allgemein bei den Ordnungsgerichten und

Landgerichten in Anwendung gekommen, ist nicht zu erweisen, und selbst wenn solche Anwendung erfolgt wäre, so läge darin noch nicht die Gesetzmäßigkeit derselben und ihre Verbindlichkeit, so lange nicht auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege die Anwendung sich vollzogen; der Beweis hierfür ist aber nicht erbracht, kann auch nicht erbracht werden. Auf dem Wege der Gesetzgebung sind weder jener Artikel 1144, noch die zu ihm als Belege allegirten Gesetze auf Livland ausgedehnt worden; auch keiner der in dem Senats-Urtheile vom 21. November 1845 durch das „wo solches erforderlich ist“ bezeichneten Fälle der ergänzenden Anwendbarkeit von Bestimmungen des russ. Criminal-Prozesses lag vor. Beides aber ist um so mehr erforderlich, als jene Bestimmung im Widerspruch steht mit dem Allerhöchst bestätigten Provinzialrecht der Ostsee-Gouvernements, Thl. I, Art. 370, P. 1.

Daß die angeführten Artikel des Ewod in Anwendung nicht gekommen waren, ergiebt sich aus dem Patent der livländ. Gouvernements-Regierung vom 3. Juni 1849 Spec. Nr. 69, woselbst es heißt:

„Es ist mehrfach bemerkt worden:

- 1) Daß von den meisten Unterbehörden des livländ. Gouvernements die in den Art. 2373 Bd. II, Forts. VI, und Art. 1144 Bd. XV des Codex der Reichsgesetze enthaltenen Bestimmungen, denen zu Folge auch solche Untersuchungsfachen, bei denen kein Schuldiger ermittelt worden oder auch kein Verbrechen sich herausgestellt hat, von der Polizeibehörde den competenten Gerichtsbehörden zur Revision vorzustellen sind -- nicht befolgt worden, und
- 2) daß die Vorschrift des Art. 1228 Bd. XV des Codex, wonach dergleichen Untersuchungsfachen über besondere Ereignisse, oder in denen über Niemand ein Urtheil zu fällen gewesen, von den unteren Gerichts-Instanzen nicht der Justiz-Palate, sondern dem Gouvernements Chef im Original und unter

Beilegung von Extracten und Sentiments zur Durchsicht und Bestätigung vorstellig zu machen sind, — gar nicht beobachtet werden“

Mittels dieses Patents hat zwar auch, auf Antrag des Civil-Gouverneurs, die livländ. Gouvernements-Regierung die Artikel 2373 des II. Bandes und 1144 und 1228 des XV Bd. des Smod der Reichsgesetze (Ausg. 1842) in deutscher Uebersetzung bekannt gemacht und dabei sämtliche Magistrate, Landgerichte, Ordnungsgerichte und Polizei-Verwaltungen angewiesen „sich die genaue Befolgung dieser Gesetzes-Vorschriften anzuwenden“ Daß dies den erwarteten Erfolg gehabt, steht jedoch nicht fest, vielmehr hat sich ergeben, daß bis zur Revision durch die Beamten des revidirenden Senateurs die Ordnungsgerichte, anlangend den Art. 1144 des Smod Bd. XV, der Ausg. 1842, resp. den Art. 280 der Ausg. 1857, denselben nicht angewendet haben. Dieses Verfahren der Ordnungsgerichte findet aber nicht erst seit der jüngsten Zeit vor der berührten Revision, sondern schon seit geraumer Zeit statt, übereinstimmend bei allen Ordnungsgerichten, — ist nicht von den Gliedern der Ordnungsgerichte, die zur Zeit der Revision noch im Amte waren, eingeführt, sondern von ihnen als ein bisher stets eingehaltenes vorgefunden worden bei ihrem Eintritt in ihre Ämter. Auf welcher Grundlage die einzelnen Ordnungsgerichte sich berechtigt erachtet haben, jene Artikel außer Anwendung lassen und bei dem früheren Verfahren verbleiben zu können, ist nicht bekannt geworden. Sie konnten nur darauf sich beziehen, was gegen die Anwendung des Art. 1144, resp. 280 spricht, wie: daß die Anwendung des berührten Artikels im Widerspruch steht zu dem Artikel 370 P. 1 des Provinzialrechts der Ostsee-Gouvernements Thl. 1, daß in der Competenz der Gouvernements-Regierung überhaupt nicht liegt, Acte der Gesetzgebung, — wie die Ausdehnung eines für die inneren Gouvernements erlassenen Gesetzes oder eines für die-

selben gültigen Artikels des Swod der Reichsgesetze auf Livland, — auszuüben. Um so weniger konnten sie dies anerkennen, wenn das ausgedehnte Gesetz oder der ausgedehnte Artikel in Widerspruch tritt zu Artikeln des bezüglich der besonderen Verfassungen in Livland allein maßgebenden Provinzialrechts der Ostsee-Gouvernements Theil I, wie namentlich zu dem Art. 370 P. I und den Artikeln über die Competenzen der Behörden, welche den Gerichtsstand (подсудность) in Criminal-Sachen je nach dem Stande des eines Verbrechens Angeschuldigten oder mehr oder weniger Verdächtigen regeln, vielfach abweichend von den bezüglichlichen Bestimmungen des Reichsrechts. *)

Es läßt sich nicht annehmen, daß die Ordnungsgerichte übereinstimmend so wie angegeben verfahren sind, bewußt gegen

*) Anm. In dem S. 283, Anm. *) berührten Senats-Ukase ist in Betreff des Art. 280 erklärt: daß in dem I. Theile des Provinzialrechts der Ostsee-Gouvernements nicht vorhanden sind Bestimmungen, welche denen des Art. 280 entsprächen, nach denen die Polizeibehörde verpflichtet, dem Gerichte auch über solche Sachen vorzustellen, in denen weder ein Verbrecher noch ein Verbrechen ermittelt worden. — Dieser Senats-Ukase enthält auch eine wichtige Entscheidung hinsichtlich der Umwandlung der Arrest- und anderen Freiheitsstrafen in Körperstrafe. In Erwägung: 1) daß in den Ostsee-Gouvernements die Friedensrichter-Institutionen noch nicht eingeführt und besondere Haftlocale für die Verbrecher, welche von den Friedensrichtern verurtheilt worden, noch nicht erbaut sind, — daher mitunter eine Unzulänglichkeit der Haftlocale sich ergeben kann; 2) daß im Falle einer Unzulänglichkeit der Haftlocale Urtheile der Gerichte, durch welche über die eines Verbrechens oder Vergehens Schuldigen eine Freiheitsstrafe in Grundlage des Ustavs über die von den Friedensrichtern zu verhängenden Strafen angeordnet werden, ohne Erfüllung bleiben würden, da dieser Straf-Ustav die Umwandlung der Freiheitsstrafen in irgend eine andere Strafe nicht anbietet; 3) daß, da in diesem Straf-Ustav die Umwandlung der Freiheitsstrafe in eine andere Strafe nicht angegeben ist, eine solche in Grundlage des Art. 81 des Strafgesetzbuchs in dem Falle offener Unmöglichkeit die Schuldigen der Freiheitsstrafe zu unterziehen, umgewandelt werden kann für Personen, welche von der Körperstrafe nicht befreit sind. im äußersten Falle in Ruthenstrafe, — findet der Senat, daß die Glieder der gen. Behörde nicht zur Verantwortung gezogen werden können für die Umwandlung der in Grundlage des Ustavs für die von den Friedensrichtern zu verhängenden Strafen verfügten Strafen in Körperstrafe.

eine unzweifelhaft gesetzliche Bestimmung und gegen den stricten Sinn derselben verstoßend; es ist vielmehr durch die Uebereinstimmung des Verfahrens der Ordnungsgerichte angezeigt, daß sie nach einer allgemein als gültig anerkannten Norm des provinziellen Criminal-Prozesses, mit Einschluß der unzweifelhaft zur Aushilfe, wo solches erforderlich ist, in Anwendung kommenden Sätze des russischen Criminal-Prozesses, verfahren sind, in einer längere Zeit constanten und übereinstimmenden Rechtsübung sich befunden haben.
